Der Anspruch auf Herausgabe des Kindes

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Eberhard-Karls-Universität

in

Tübingen.

Vorgelegt von

JOSEF NEIDLINGER

Referendar beim Landgericht Ulm

Februar 1929

Druck der Buchdruckerei Karl Böhm G. m. b. H. Laupheim

Referent und Dekan: Professor Dr. A. Schmidt.

Meinen lieben Eltern.

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung 7

I. Abschnitt:

Elterliche Gewalt und Herausgabeanspruch.

§ 1 Grundzüge der elterl. Gewalt in ihrer geschichtl. Entwicklung 9
§ 2 Die rechtliche Natur des Herausgabeanspruchs 14

II. Abschnitt:

Die Voraussetzungen des Herausgabeanspruchs.

§ 3 Das Anspruchsobjekt 16
§ 4 Die zur Geltendmachung des Herausgabeanspruchs berechtigten Personen 17
§ 5 Begriff der Vorenthaltung 29
§ 6 Widerrechtlichkeit der Vorenthaltung und Beweislast 34

III. Abschnitt:

Einreden gegen die Geltendmachung des Herausgabeanspruchs.

§ 7 Die Einrede des entgegenstehenden Vertrages 36
§ 8 Die Einrede der mißbräuchlichen Rechtsausübung 47
§ 9 Weitere in Betracht kommende Einreden 57

IV. Abschnitt:

§ 10 Inhalt des Herausgabeanspruchs 60

V. Abschnitt:

Die Geltendmachung des Herausgabeanspruchs.

§ 11 Zuständigkeit für den Herausgabeanspruch; Verhältnis von Anordnungen des Vormundschaftsgerichts und des Prozeßgerichts; die einzelnen Klag- und Prozeßarten 62
§ 12 Die Zwangsvollstreckung 71

Einleitung.

Die Verfassung des deutschen Reiches vom 11. August 1919 bezeichnet in Art. 120 die Erziehung des Nachwuchses zur leiblichen seelischen und gesellschaftlichen Tüchtigkeit als die oberste Pflicht und als natürliches Recht der Eltern. Ueber die Betätigung dieser Aufgabe wacht die staatliche Gemeinschaft. Damit ist zum Ausdruck gebracht, daß die Familie in erster Linie zur Erziehung der Kinder berufen ist und daß ihr vor allem von der Natur diese Aufgabe zugedacht wurde. Sie ist die Wurzel des individuellen und persönlichen Lebens; sie kennt infolge ihres engen Zusammenhanges schon von frühester Kindheit auf die persönlichen Anlagen und Neigungen des Kindes und kann deshalb — wonach jede Erziehung zu streben hat — auch die entsprechenden und dem Kinde angepaßten Maßregeln treffen; auf ihr ruht die Sitte und Sittlichkeit des ganzen Volkes und ihre Gesundheit hat in hohem Maße das Wohl des Staates zur Folge. Es ist deshalb dessen höchste Pflicht, für die Familie einzutreten und so bestimmt Art. 119 Abs. 2 der Reichsverfassung: „Die Reinerhaltung, Gesundung und soziale Förderung der Familie ist Aufgabe des Staates und der Gemeinden. Kinderreiche Familien haben Anspruch auf ausgleichende Fürsorge." Zwar sind neben der Familie noch andere Kräfte am Werk, das Kind zu einem charaktervollen Menschen und tüchtigen Staatsbürger heranzubilden. Die Schule ist es insbesondere, welche für die Ausbildung der Jugend zu sorgen hat. Es besteht deshalb eine allgemeine Schulpflicht.[1]) Ferner sei hier erwähnt das Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt vom 9. Juli 1922, wonach, wenn die körperliche, geistige oder sittliche Verwahrlosung zu befürchten ist, die Schutzaufsicht anzuordnen, § 56 JWG., oder wenn dies nicht mehr ausreicht, der Minderjährige zur Verhütung oder Beseitigung der Verwahrlosung in einer geeigneten Familie oder Erziehungsanstalt unter öffentlicher Aufsicht unterzubringen und zu erziehen ist, (Fürsorgeerziehung) § 62 RJWG.

[1]) Art. 145 der Reichsverfassung.

Jedoch werden die Rechte und Pflichten der Eltern zur Erziehung der Kinder durch das genannte Gesetz nicht aufgehoben, § 1, Abs. 2 RJWG., sondern die durch dasselbe vorgesehenen Erziehungsmaßregeln — Schutzaufsicht und Fürsorgeerziehung — bilden eine Ausnahme. Die öffentliche Jugendhilfe tritt erst dann ein, wenn die Familie ihrer Fürsorgepflicht nicht nachkommt. Das Erziehungsziel ist sowohl für die Eltern, als auch für die öffentliche Jugendhilfe die Erziehung zur leiblichen, seelischen und gesellschaftlichen Tüchtigkeit. Darauf hat jedes deutsche Kind einen Anspruch,[2]) was jetzt ausdrücklich im Reichsjugendwohlfahrtsgesetz gesagt ist (§ 1, Abs. 1) und dieser Anspruch richtet sich in erster Linie gegen die Eltern. Sie sind die natürlichen Beschützer und Erzieher des Kindes. Sie haben das Recht und die Pflicht der Personenfürsorge und daraus entspringt für sie die Befugnis, sowohl gegen das Kind selbst die erforderlichen Maßregeln zu treffen, als auch gegen Dritte, die dieses Recht, insbesondere durch Vorenthaltung des Kindes, zu beeinträchtigen suchen, im Wege der Klage vorzugehen und das Kind von jedem herauszuverlangen.

---

[2]) Wilhelm Polligkeit: Das Recht des Kindes auf Erziehung, Diss. Dresden 1908; Dernburg §§ 74 und 76; Faßbender-Martin: Jugendrecht, Jugendschutz und Jugendwohlfahrt in der deutschen Gesetzgebung; Berlin 1925; Rehm: Das Kind in der Gesellschaft, München 1925; Weyl: Das deutsche Jugendrecht, 1927; Die Kommentare zum RJWG: Polligkeit-Friedberg, Berlin 1923; Bovensiepen, Altenburg 1922; Fichtl, München 1926, 2. Aufl.; Goeze, Berlin 1925, 2. Aufl.

I. Abschnitt

Elterliche Gewalt und Herausgabeanspruch.

§ 1

Grundzüge der elterlichen Gewalt in ihrer geschichtlichen Entwicklung.

Das römische Recht kannte nicht eine elterliche, sondern eine väterliche Gewalt, die patria potestas.[1]) Der Vater war das Haupt der Familie und hatte während seines ganzen Lebens die hausherrliche Gewalt über die Hausangehörigen. Dieses Gewaltverhältnis, das sich — abgesehen von der freien Ehe, der Ehe ohne manus — auch auf die Ehefrau erstreckte, war mit sehr großen Befugnissen ausgestattet; es umfaßte die unumschränkte Gewalt über die Gewaltunterworfenen. Nicht nur ein Züchtigungsrecht, sondern auch das Recht über Leben und Tod seiner Angehörigen (ius vitae ac necis) und das Recht des Verkaufs in die Knechtschaft war darin enthalten. Auch war das Hauskind infolge der patria protestas des Vaters eigenen Vermögens unfähig. Aller Erwerb fiel, von späteren Ausnahmen in der Kaiserzeit abgesehen, in das Vermögen des Vaters. Jedoch dürfen wir uns die Herrschaft des römischen Vaters normalerweise nicht so schrankenlos und despotisch vorstellen, wie sie nach dem Gesetz zu sein scheint. Sitte und Herkommen beschränkten ihn in seinen vom Gesetz verliehenen Rechten. Auch die „natürliche Liebe vernünftiger Väter“ [2]) bewahrte das Kind vor Ausschreitungen und diese tatsächlichen Verhältnisse und die Verfeinerung der Moral drängten auf rechtliche Anerkennung. So verschwand denn in der Kaiserzeit das Tötungsrecht; es schrumpfte zu einem bloßen Züchtigungsrecht zusammen. Ebenso wurde auch die Veräußerungsbefugnis auf einige wenige Ausnahmefälle beschränkt;[3]) so blieb sie z. B. für den Fall der noxae datio, durch

[1]) Glück §§ 133—136; Brinz S. 592 ff; Sohm-Mitteis-Wenger § 89–91; Enneccerus Kipp-Wolff § 78 I; Burchardi: Das System und die innere Geschichte des röm. Privatrechts, Stuttgart 1854, 2. Ausgabe, § 92; Fr. Ludwig v. Keller: Vorlesung über Pandekten, Leipzig 1861, S 767 f; Burchardi a a O. S. 161 ff; Dernburg: Pandekten, III. Bd. Berlin 1892, § 36; Vangerow: Lehrbuch der Pandekten, 7. Aufl., 1863, Bd I § 229–260; Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, 7 Aufl. Frankfurt 1891, Bd II S. 815; Wächter: Pandekten, bes. Teil, Leipzig 1881, §§ 250–255.

[2]) Glück, Bd. II § 135.

[3]) Matthias § 249; Brinz a. a. O. S. 596; Eckard S. 5

welche der Vater die Haftung für die Delikte seines Kindes von sich abwenden konnte, in Uebung.[4]) Hauptsächlich diente aber der Verkauf, die mancipatio, nunmehr dazu, das Kind in Adoption zu geben oder die elterliche Gewalt über dasselbe aufzuheben. Jedoch wurde trotz dieser Aenderungen der egoistische Charakter der patria potestas, der lediglich auf die Interessen des Vaters abstellte, nicht beseitigt. Das Kind hatte keinen Anspruch auf Erziehung. Auch jetzt gebot nur Sitte und Herkommen; nur zu dem, was die Natur den Menschen lehrt, war der Vater verpflichtet.

Die Mutter hatte dem Kinde gegenüber keinerlei Rechte. Sie war selbst die Gewaltunterworfene des Vaters, sie war filiae-familias loco; für sie galt Kindesrecht. Jedoch nahm sie auch in der römischen Familie in Wirklichkeit an der Erziehung der Kinder ebenso teil wie heute; ihr Handeln entbehrte nur der gesetzlichen Grundlage.

Im deutschen Recht finden wir ebenfalls, wie im römischen, eine väterliche Gewalt.[5]) Der Vater, das Haupt der Familie, hatte kraft seiner Munt Gewalt über die Hausangehörigen und konnte über Person und Vermögen des Kindes ebenso wie der römische Vater verfügen.[6]) Dem entsprach aber andererseits seine Haftung für Verfehlungen des Kindes. Mit dem Anwachsen der obrigkeitlichen Macht schwand der absolute Herrschaftscharakter der Munt mehr und mehr. Schon frühzeitig vollzog sich eine Wandlung zu Gunsten des Kindes. Die Munt bedeutete nunmehr ein Schutzrecht und eine Schutzpflicht des Vaters über sein Kind. Das Tötungsrecht schwächte sich zu einem vielfach von der Sippe überwachten Züchtigungsrecht ab und auch der Verkauf des Kindes durfte nur noch bei echter Not stattfinden.[7]) Ein wesentlicher Gegensatz zum römischen Recht, der sich aus dem mehr altruistischen Charakter der Munt gegenüber der egoistischen Ausgestaltung der patria potestas ergibt, bestand schon immer darin, daß die Munt mit der Selbständigkeit des Kindes endete. Zwar trat dieser Zeitpunkt nicht wie heute mit der Erreichung eines bestimmten Alters ein, sondern sie war an die wirtschaftliche Absonderung vom Elternhause und die

[4]) Schm-Mitteis-Wenger S. 531.

[5]) Heusler §§ 156–158; Kraut §§ 103–111; Hübner §§ 97 u. 78; Stobbe-Lehmann § 312; v. Schwerin § 93; Knitschky S. 134; Eck a. a. O. S. 20 ff; Brunner: Deutsche Rechtsgeschichte, Leipzig 1887, § 12; Grimm: Deutsche Rechtsaltertümer, Göttingen 1854, S. 455 ff.

[6]) Cl. v. Schwerin S. 284; Hübner S. 639.

[7]) Hübner S. 639 f.

Gründung eines eigenen Hausstandes geknüpft.[8]) Ferner unterscheidet sich das germanische Recht vom römischen auch darin, daß es die völlige Vermögensfähigkeit der unter der Munt des Vaters stehenden Kinder anerkennt. Zwar fiel auch hier der Arbeitsverdienst dem Vater zu, aber was das Kind erbte und was es als Geschenk erhielt, fiel in sein vom Vater verwaltete Vermögen.[9])

Der Mutter stand neben dem Vater in ältester Zeit kein Recht zu. Aber das Recht konnte sich den tatsächlichen Verhältnissen nicht verschließen. Gar bald erlangte diese tatsächliche Anteilnahme der Mutter an der Kindererziehung rechtliche Anerkennung. Zwar war ihr Recht durch das des Vaters verdeckt, aber nach dessen Tod übte sie, teilweise unter dem Beistand eines Vormunds, ihre mütterlichen Rechte aus, die in den einzelnen Volksrechten verschieden ausgestaltet waren.[10])

Mit der Rezeption des römischen Rechtes wurden sodann auch hier römische Gedanken aufgenommen und dadurch die ruhige Weiterentwicklung in deutschrechtlichem Sinne gestört. Es waren jedoch in der Hauptsache nur einzelne Bestimmungen, die Aufnahme fanden. Die allgemeinen Prinzipien und Grundgedanken des deutschen Rechts blieben erhalten und waren für die spätere Entwicklung maßgebend. Unterstützt wurde die deutschrechtliche Auffassung durch die Naturrechtslehrer, welche beiden Eltern das Erziehungsrecht zusprachen.[11])

Das BGB. hat, inhaltlich auf dem gemeinen Recht fußend, formell die Entwicklung zum Abschluß gebracht, indem es den einheitlichen Begriff der elterlichen Gewalt schuf. Diese ist ein, im Interesse des Kindes geschaffenes Schutzinstitut,[12]) welches mit dem Aufhören der Schutzbedürftigkeit endet. Das Kind wird mit 21 Jahren volljährig und damit kommt die elterliche Gewalt in Wegfall. Es erhebt sich nun die Frage: Hat das BGB. mit der Einführung des Ausdrucks „elterliche Gewalt" der Mutter bei Lebzeiten des Vaters neben diesem die elterliche Gewalt zugesprochen; ist sie mehr als lediglich eine formelle Neuerung? Eine Reihe von Autoren bejahen diese Frage und unterscheiden, da gem. § 1634 BGB die Rechte der Mutter von denen des Vaters verschieden sind, verschiedene

[8]) Hübner S. 643 f; Stobbe-Lehmann S. 366; Kraut S. 588 ff u. 644 ff; Heusler 434 ff

[9]) Kraut S. 606 ff; Eck a. a. O. S. 11 ff; Hübner S. 647.

[10]) Stobbe-Lehmann S. 367 ff. insbes. Anm. 3; Hübner S. 545 f; Heusler S. 432 f; Eck a. a. O. S. 20 ff.

[11]) Stobbe-Lehmann S. 372; Eck a. a. O. S. 34 ff.

[12]) Motive Bd. IV S. 724.

Formen der elterlichen Gewalt (Haupt-, Neben-, Voll- und Zwischengewalt u. s. w.) [13]). Manche Schriftsteller lassen es aber auch bei der Behandlung dieser Frage an der wünschenswerten Klarheit fehlen, [14]) während wieder andere eine elterliche Gewalt der Mutter bei Lebzeiten des Vaters leugnen. Sie erblicken in ihr einen festen, unveränderlichen, inhaltlich genau abgegrenzten Rechtsbegriff. [15]) Dieser Ansicht ist u. E. beizustimmen. Zwar hat die Mutter kraft eigenen Rechtes einzelne Rechte und Pflichten, die in der elterlichen Gewalt enthalten sind. § 1634 BGB. sagt: „Neben dem Vater hat während der Dauer der Ehe die Mutter das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen; zur Vertretung des Kindes ist sie nicht berechtigt . . ." Damit sind ihr aber nur einzelne Befugnisse gegeben; von der elterlichen Gewalt als den zu einer Einheit zusammengefassten Rechten und Pflichten ist sie dagegen ausgeschlossen. Der eine Zweig der elterlichen Gewalt — die Vertretung des Kindes — ist ihr gänzlich entzogen, an dem anderen Zweig — der tatsächlichen Fürsorge — übt sie nur die Personen-, nicht aber die Vermögensfürsorge aus. Diesen Ausschnitt aus der elterlichen Gewalt, welcher der Mutter zusteht, nennt das Gesetz nicht elterliche Gewalt, es sagt vielmehr in §§ 1697 und 1707 B. G. B., wo der Mutter die gleichen Rechte zugesprochen sind, wie nach § 1634, ausdrücklich, daß sie die elterliche Gewalt nicht besitze. Wenn es aber in diesen Fällen der Mutter die elterliche Gewalt versagt, so muß dies auch für den genau gleich gelagerten andern Fall gelten. Es geht nicht an, mit diesen beiden Paragraphen durch argumentum e contrario auf das Vorhandensein einer elterlichen Gewalt der Mutter während Bestehens der elterlichen Gewalt des Vaters zu schließen, da in diesen beiden Fällen eine elterliche Gewalt des Vaters nicht vorhanden ist und die Mutter somit, ähnlich wie in § 1684 BGB., an und für sich die elterliche Gewalt besitzen sollte. §§ 1697 und 1707 stellen also nicht eine Ausnahme gegenüber § 1634, sondern gegenüber § 1684 dar. Auch die Aus-

[13]) Endemann § 204; Dernburg S. 266 f.; Planck, Vorbem. vor § 1684; Staudinger Vorbem. 3—5 vor § 1684; Ossent S. 13; Gehring S. 16 ff; Opet-v. Blume Vorbem. 2 vor § 1626; Lehmann S. 301.

[14]) Vgl. z. B. Planck Vorentw. S. 1425; Crome S. 489 f.

[15]) RGR. Kom. Anm. zu § 1684; Haidlen Anm. zu § 1684 S. 516; Eck a. a. O. S. 150 ff; Rothe S. 10; Dormann S. 19 ff; Lebrecht S. 13 ff; Sohm-Mitteis-Wenger § 91; Dr. Ernst Eck: Vorträge über das Recht des bürgerl. Gesetzb., Bd. II, S. 484; Gierke: Gutachtliche Aeußerungen zu dem Entwurf eines BGB Bd. 4 S. 382; Jastrow, S. 97; von Tuhr S. 78 Anm. 1; vergl. auch Crome S. 489; A. A. Prof. A. Schmidt.

drucksweise des Gesetzes, die allerdings nicht ganz klar ist, spricht eher für als gegen unsere Ansicht. Denn wenn § 1684 sagt, in folgenden Fällen steht der Mutter die elterliche Gewalt zu, so ist daraus zu schließen, daß sie ihr sonst nicht zusteht; auch im Fall des § 1685 BGB. steht sie ihr wohl nicht zu. Das Gesetz spricht hier nur von einem Ausüben der elterlichen Gewalt und meint damit offenbar, daß die Mutter hier nur als Stellvertreterin des Vaters ohne eigene Gewalt handle, worauf die verschiedenen Ausdrucksweisen in § 1685 und § 1684 hinweisen.[16]) Der Ausdruck „elterliche Gewalt" kann zu Begründung der hier bekämpften Ansicht nicht angeführt werden, denn das Gesetz macht die beiden Unterabteilungen „elterliche Gewalt des Vaters" und „elterliche Gewalt der Mutter", was für die Richtigkeit unserer Ansicht spricht. Gerade die Stellung des § 1634 unter der Ueberschrift: „elterliche Gewalt des Vaters" zeigt, daß durch ihn der Mutter keine elterliche Gewalt verliehen sein soll, denn dann würde er u. E. besser unter der Ueberschrift: „elterliche Gewalt der Mutter" behandelt werden. Auch würde der Gesetzgeber in § 1634 wohl die Worte: „kraft der elterlichen Gewalt" eingefügt haben, wie er es z. B. in §§ 1627 und 1649 BGB. getan hat, wenn er der Mutter während der Dauer der Ehe die elterliche Gewalt hätte geben wollen. Diese hier vertretene Ansicht wird auch unterstützt durch § 1635 Abs. 2 BGB. Denn wenn die für unschuldig erklärte, zur Personenfürsorge für das Kind berechtigte Mutter weder zur Vertretung des Kindes, noch zur Sorge für sein Vermögen ermächtigt ist, sondern diese Rechte nach wie vor dem für schuldig erklärten Vater zustehen, so geht daraus deutlich hervor, daß die Rechte der Mutter nach dem BGB. viel geringer sein müssen als die des Vaters und daß sie zu bescheiden sind, um „elterliche Gewalt" genannt zu werden, denn sonst wäre eine derartige Regelung unverständlich. Unter Berücksichtigung all dieser Umstände können wir unmöglich der Mutter zu Lebzeiten des Vaters die elterliche Gewalt zusprechen. Zwar ist die Frage ohne große Bedeutung, denn es ist nur ein Streit rein terminologischer Art, der keine praktischen Folgen nach sich zieht; nach beiden Ansichten besitzt die Mutter ihre Rechte kraft eigenen Rechts, nur die Bezeichnung des Rechts ist verschieden.

---

[16]) Rothe S. 9; v. Tuhr S. 78 Anm. 1; vergl. auch Planck Vorb. I 2 vor § 1684.

§ 2.

Die rechtliche Natur des Herausgabeanspruchs.

Die patria potestas des römischen Rechtes verlieh dem Vater, wie wir bereits gesehen haben, eine Fülle tiefgreifender Rechte, die denen des Eigentümers nicht nachstanden. So kam es, daß ältere Schriftsteller die väterlichen Rechte auf Eigentum zurückführten [1]). Sie wurden ursprünglich auch auf ähnliche Weise geltend gemacht [2]). Bei der damals immerhin noch rohen Anschauungsweise dürfen wir daran keinen Anstoß nehmen. Wenn Burchardi [3]) meint, die Verteidiger dieser Ansicht erklärten die alten Römer für Kanibalen, so liegt darin eine Ueberschätzung der juristischen Konstruktion. Diese ist hier gegenüber dem Inhalt des Rechts von untergeordneter Bedeutung, zumal es sich um eine Zeit handelt, in der die Rechtsbegriffe noch nicht mit voller Schärfe herausgearbeitet waren. Es ist deshalb leicht erklärlich, daß gleiche oder ähnliche Rechte auf die gleiche rechtliche Grundlage zurückgeführt wurden. Dies trifft aber nur für die Zeit zu, da die römische Rechtswissenschaft noch in ihrem Anfangsstadium sich befand. Mit der scharfen Unterscheidung der sachen- und familienrechtlichen Befugnisse und der Verfeinerung der Sitten verschwand das Eigentum als Grundlage der väterlichen Gewalt; man sah ein, daß die patria potestas begrifflich vom Eigentum verschieden war und so gründet Paulus [4]) den Herausgabeanspruch des Kindes nicht auf Eigentum, sondern er sagt, daß man das Kind nur „veluti proprietatis causam" herausfordern könne. Ebenso können wir in dieser Zeit auch von keinem Besitz mehr am Kinde sprechen. Auch hier hatte sich dieselbe Wandlung vollzogen, sodaß die tatsächliche Obhutgewalt als eine Art Besitzrecht bezeichnet wurde [5]).

Ein etwas anderes Gesicht zeigt der Herausgabeanspruch im deutschen Recht. Während im römischen Recht das absolute Herrschaftsrecht des Vaters dessen Herausgabeanspruch begründete, ist es hier mehr das Schutz- und Vertretungsverhältnis, das in der Unselbständigkeit und Hilfsbedürftigkeit des Kindes seinen Ursprung

[1]) Siehe Brinz § 457; Glück § 135; Eckhard S. 3; Burchardi a. a. O. S. 176.

[2]) Der Vater hatte bei Vorenthaltung des Kindes durch einen Dritten sein Recht durch die vindicatio in patriam potestatem (die filio vindicatio) geltend zu machen. Erst später hatte er das interdictum de liberis exhibendis bezw. ducendis. Siehe darüber: Demelius, die Exhibitionspflicht, Gratz, 1872 § 50.

[3]) Seite 176

[4]) L. 2 § 2 D. 43, 1.

[5]) Brinz S. 594 f.; Sarvey a. a. O. S. 24 ff.; siehe auch Lange S. 8 ff.

hatte. Ein vormundschaftlicher Charakter beherrscht das Erziehungsrecht. Die Interessenlage ist zugunsten des Gewaltunterworfenen verschoben. Die elterliche Gewalt ist nicht mehr das absolute, dingliche Herrschaftsrecht, sondern ein absolutes Familienrecht, dessen letzter Zweck das Wohl des Kindes ist. Es kann deshalb das Eigentum, wenn es überhaupt je der Fall war, als Grundlage des Herausgabeanspruches nur für die allerfrüheste Zeit in Frage kommen, während für die spätere Zeit sein familienrechtlicher Charakter nicht mehr bezweifelt werden kann [6]).

Nach heutigem Recht kann natürlich von einem auf Eigentum oder Besitz [7]) beruhenden Anspruch auf Herausgabe des Kindes keine Rede sein; er beruht auf dem Personenfürsorgerecht. Eigentum und Besitz sind nur an Sachen, nicht aber an Personen möglich. Die elterliche Gewalt, bezw. das Personenfürsorgerecht ist aber, da sie jegliche Eingriffe Dritter in die elterlichen Rechte verbieten, wie jene Rechte ein absolutes Recht und daraus ergibt sich die Aehnlichkeit in ihrer Ausgestaltung Dritten gegenüber, weshalb der Anspruch auf Herausgabe des Kindes als ein quasisachenrechtlicher Anspruch bezeichnet und mit dem Eigentumsanspruch nach § 985 B. G. B. verglichen wird [8]); sein Aufbau ist, wie Opet und v. Blume in ihrem Kommentar bemerken [9]), sachenrechtlich gestaltet. Er ist nicht öffentlichrechtlicher, sondern privatrechtlicher Natur. Ebenso, wie der Eigentumsanspruch, dient er zunächst den Interessen des Vaters [10]), bezw. des Gewalthabers. Aber daneben soll er diesem auch die Möglichkeit geben, seine Pflichten gegenüber dem Kinde, die aus der elterlichen Gewalt entspringen, zu erfüllen. Der Vater genügt somit durch die Verfolgung seines Rechts zugleich auch seiner ihm in § 1631 B. G. B. auferlegten Pflicht [11]), und darin besteht ein Unterschied gegenüber dem Anspruch auf Herausgabe des Eigentums, dessen Bestimmungen infolge der Aehnlichkeit beider Fälle auf den Anspruch auf Herausgabe des Kindes, insbesondere bezüglich der Zwangsvollstreckung, analog zur Anwendung kommen, soweit nicht der familienrechtliche Charakter dies unmöglich macht.

---

[6]) Heusler Bd. I S. 105 ff.; Kraut S. 586.
[7]) Seuff Arch. Bd. 59, 71.
[8]) R. G R. Komm. Anm. 1 zu § 1632; Hilgers S. 14.
[9]) Anm. 1 zu § 1632.
[10]) Ossent S. 10.
[11]) Planck Anm. 1 zu § 1632.

II. Abschnitt

Die Voraussetzungen des Herausgabeanspruches.

§ 3

Das Anspruchsobjekt.

Zu Beginn unserer Erörterung müssen wir zunächst den Kreis derjenigen Personen abgrenzen, die Gegenstand des Herausgabeanspruches sind. Was ist also unter Kind im Sinne unseres Themas zu verstehen?

Der Anspruch auf Herausgabe entspringt dem Personenfürsorgerecht. § 1632 B. G. B. sagt: „Die Sorge für die Person des Kindes umfasst das Recht . . . .“ Daraus folgert nun Ossent [1]), es sei die erste Voraussetzung für den Herausgabeanspruch, daß das herausverlangte Kind unter der elterlichen Gewalt des Klägers stehe. Diese Abgrenzung ist nicht ganz richtig, sie ist zu eng gefaßt. Wie wir bereits oben S. 11 ff. gesehen haben, ist die Personenfürsorge nicht mit der elterlichen Gewalt zu identifizieren. Es gibt minderjährige Personen, die nicht unter elterlicher Gewalt, sondern unter Vormundschaft stehen, z. B. die unehelichen Kinder. Auch sie unterliegen der Personenfürsorge und damit dem Herausgabeanspruch. Wir müssen daher die von Ossent [2]) gegebene Abgrenzung dahingehend erweitern, daß es sich um solche minderjährige Kinder handelt, an denen ein elterliches oder ein dem gleichstehendes Personenfürsorgerecht (Vormundschaft, Pflegschaft) besteht. Dies ist der Fall bei allen minderjährigen Personen mit Ausnahme der minderjährigen Ehefrau, bei der sich gemäß § 1633 B. G. B. die Personenfürsorge auf die Vertretung beschränkt. Von dieser Ausnahme abgesehen, können alle Minderjährigen Gegenstand des Herausgabeanspruches sein. Die Minderjährigkeit dauert bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres, sofern nicht der Minderjährige durch das Vormundschaftsgericht für volljährig erklärt wird, was gemäß § 3 B. G. B. von der Vollendung des 18. Lebensjahres an zulässig ist, wenn die Voraussetzungen der §§ 4 und 5 B. G. B. gegeben sind.

Neben den minderjährigen Personen unterliegen auch Volljährige dem Herausgabeanspruch, wenn sie wegen Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt

[1]) und [2]) Seite 12.

sind. Diese stehen gem. § 1896 BGB. unter Vormundschaft. Der Vormund tritt an die Stelle des Vaters und hat wie dieser den Anspruch auf Herausgabe seines Schützlings, § 1800 BGB. i. V. mit § 1632 BGB., wobei letzterer wie ein Minderjähriger behandelt wird, § 1897 BGB.[3]) Das gleiche gilt auch für eine gem. § 1906 unter vorläufige Vormundschaft gestellte Person. Dagegen unterliegt ein Volljähriger, der nach § 1910 BGB. einen Pfleger erhalten hat, nicht dessen Herausgabeanspruch; denn es finden die Vorschriften über die Vormundschaft auf die Pflegschaft nur insoweit Anwendung, als sich aus dem Gesetz nicht ein Anderes ergibt.[4]) Dies muß nicht ausdrücklich gesagt sein, sondern die Unanwendbarkeit einer Bestimmung kann sich auch daraus ergeben, daß sie ihrem Sinn nach mit der Pflegschaft unvereinbar ist.[5]) Ein solcher Fall liegt hier vor. Die Geschäftsfähigkeit des Pfleglings wird nämlich durch die Pflegschaft nicht berührt; sein Wille ist trotz der Pflegschaft von der Rechtsordnung zu beachten; er kann nach wie vor selbständig, ohne Willen des Pflegers, einen Wohnsitz begründen. Seine Rechtshandlungen werden durch die des Pflegers nicht berührt. Damit wäre aber eine Bestimmung, wonach er dem Herausgabeanspruch desselben unterliegen würde, nicht in Einklang zu bringen und es können deshalb die §§ 1800 und 1632 BGB. nicht zur Anwendung kommen.

Wir kommen somit zu dem Ergebnis, daß sämtliche geschäftsunfähigen und in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Personen — abgesehen von der minderjährigen Ehefrau — Gegenstand des Herausgabeanspruches sein können.

§ 4.

Die zur Geltendmachung des Herausgabeanspruchs berechtigten Personen.

Nach römischem Recht stand der Anspruch, da er ausschließlich aus der patria potestas entsprang, nur dem Vater, nicht aber der Mutter zu. Sie trat dem Vater gegenüber vollkommen zurück und ihr Verhältnis zu den Kindern ruhte nur auf tatsächlicher, nicht aber auf rechtlicher Grundlage. Das deutsche und noch mehr das

[3]) Planck Anm. 1 zu § 1897; Fuchs Anm. 1 zu § 1897.
[4]) Siehe Fuchs Anm. 7a zu § 1910.
[5]) Staudinger, Anm. 1 zu § 1915.

gemeine Recht anerkannten dagegen ein gemeinsames Erziehungsrecht beider Eltern bei Ueberwiegen des väterlichen Willens, weshalb hier beiden Eltern der Herausgabeanspruch zustand.[1])

Das BGB. hat die gleiche Regelung getroffen, wie das gemeine Recht.[2]) Der Herausgabeanspruch entspringt nicht der elterlichen Gewalt als dem zu einer Einheit zusammengefaßten Kreis von Rechten, auch nicht dem Vertretungsrecht, sondern lediglich dem Recht der tatsächlichen Sorge für die Person des Kindes. Zur Geltendmachung des Herausgabeanspruchs ist also nicht erforderlich, daß der Kläger der gesetzliche Vertreter des Kindes ist. Andererseits würde aber dies allein auch nicht genügen, da es sich nicht um die Geltendmachung eines Rechts des Kindes handelt, sondern um ein Recht des Fürsorgeberechtigten selbst.[3]) Wenn also das Vertretungsrecht und das Recht der tatsächlichen Fürsorge sich in zwei verschiedenen Händen befindet, so ist der Inhaber des Personenfürsorgerechts der Herausgabeberechtigte.

Wer ist nun im Einzelnen der Inhaber dieses tatsächlichen Personenfürsorgerechts? Zu dem Kreis dieser Personen gehört zunächst in erster Linie der Vater des ehelichen Kindes, gleichgültig ob dasselbe ehelich geboren oder durch nachfolgende Ehe oder obrigkeitliche Verfügung legitimiert wurde. Er hat als Inhaber der elterlichen Gewalt normalerweise die Personenfürsorge und somit auch den Herausgabeanspruch. Ihm gleich steht der Adoptivvater, denn gem. § 1757 Abs. 1 BGB. bekommt das Adoptivkind die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes des Annehmenden, es kommt unter dessen elterliche Gewalt. Der uneheliche Vater und der Vater eines Kindes aus einer Putativehe, der die Nichtigkeit der Ehe kannte, gehören dagegen nicht zu diesen Personen (§§ 1589 Abs. 2, 1701 und 1703 BGB.). Das Gesetz versagt ihnen die aus der Vaterschaft entspringenden Rechte. Sie haben nur eine Unterhaltspflicht dem Kinde gegenüber; ein familienrechtliches Band, aus dem die elterliche Gewalt oder auch nur ein Personenfürsorgerecht entstünde, besteht aber nicht. Ebenso hat auch der Stiefvater keinen Herausgabeanspruch. Aus der Schwägerschaft entspringt kein Fürsorgerecht und keine Fürsorgepflicht.

Neben dem Vater ist auch die Mutter für den Herausgabe-

[1]) Stobbe § 367; Hübner S. 646; Kraut S. 684 ff.; Stölzel: Das Recht der väterl. Gew. in Preußen, Berlin 1874, S. 21.
[2]) Haidlen Anm. zu § 1632.
[3]) Motive Bd. IV S. 753.

anspruch aktiv legitimiert. Auch sie hat, ebenso wie der Vater und unabhängig von ihm bei Vorenthaltung des Kindes den Herausgabeanspruch entwerder kraft des ihr neben der elterlichen Gewalt des Vaters in § 1634 BGB. verliehenen Fürsorgerechts, oder bei Wegfall oder Ruhen der elterlichen Gewalt des Vaters auf Grund der ihr dann zustehenden oder von ihr ausgeübten elterlichen Gewalt gem. §§ 1684, 1685 BGB. Das Fürsorgerecht steht ihr zu, sowohl wenn sie volljährig, als auch wenn sie minderjährig ist. Es hat somit jede eheliche Mutter den Herausgabeanspruch, sofern ihr dieses Recht nicht aus besonderen Gründen entzogen ist. Das gleiche gilt auch für die uneheliche Mutter. Das Gesetz anerkennt ein Verwandtschaftverhältnis zwischen dem unehelichen Kinde und seiner Mutter und deren Verwandten. Es ist zwar der unehelichen Mutter die elterliche Gewalt ebenfalls versagt, aber § 1707 BGB. konstatiert für sie in gleicher Weise wie für die eheliche Mutter § 1634 BGB. ein Recht und eine Pflicht zur Personenfürsorge. Das Kind unterliegt deshalb ihrem Herausgabeanspruch. Anders ist es aber bei der Putativehe, in der die Mutter bösgläubig, der Vater aber gutgläubig ist. Hier steht der Mutter nicht einmal das der unehelichen Mutter eingeräumte Fürsorgerecht zu, sondern sie hat lediglich gleich dem bei der Scheidung für allein schuldig erklärten Ehegatten nur das Recht auf Verkehr mit dem Kinde (§ 1702 BGB.), während bei beiderseitiger Bösgläubigkeit oder Nichtigkeit der Ehe infolge Formmangels ohne Eintragung ins Heiratsregister die für das uneheliche Kind geltenden Vorschriften zur Anwendung kommen. Bezüglich der Adoptivmutter wäre mutatis mutandis das oben S. 18 Erwähnte zu sagen.

Eine Aenderung unter den Erziehungsberechtigten tritt ein mit der Auflösung der Ehe. Wird die Ehe durch den Tod des Ehemannes aufgelöst, so erhält die Ehefrau einen bedeutenden Zuwachs an ihren elterlichen Rechten. Sie erwirbt dadurch — ebenso aber auch durch die Todeserklärung des Mannes — die elterliche Gewalt und erlangt eine ähnliche Stellung, wie sie der Vater hatte, sofern nicht in ihrer Person Gründe vorhanden sind, welche den Erwerb der elterlichen Gewalt unmöglich machen. Ihr Herausgabeanspruch, der ihr schon vorher zustand, erlangt insofern eine größere Bedeutung, als dadurch der vor ihr Herausgabeberechtigte in Wegfall kommt und sie in erster Linie nun herausgabeberechtigt ist. Durch den Tod der Mutter werden dagegen die Rechte des Vaters nicht verändert.

Bei der Trennung der Ehe durch Scheidung infolge schuld-

haften Verhaltens eines der Ehegatten ist für die Verteilung der Personenfürsorge für das Kind maßgebend, durch wessen Verschulden die Ehe geschieden wird (§ 1635 BGB.). Wenn ein Ehegatte allein für schuldig erklärt wird, so steht die Personenfürsorge und somit auch der Herausgabeanspruch dem unschuldigen Ehegatten zu. Sind dagegen beide Ehegatten für schuldig erklärt worden, so werden die Kinder dem Geschlecht und Alter nach verteilt. Minderjährigkeit eines der Ehegatten spielt dabei keine Rolle. Das gleiche gilt auch, wenn der für tot erklärte Gatte noch am Leben ist und seine Ehe gemäß § 1348 Abs. 2 BGB. durch Wiederverheiratung des anderen Ehegatten aufgelöst ist, § 1637 BGB. Hier steht die Personenfürsorge für einen Sohn über sechs Jahren dem Vater, für eine Tochter und einen Sohn unter sechs Jahren dagegen der Mutter zu. Diese Verteilung der Kinder setzt aber voraus, daß derjenige Gatte, der das Kind erhalten soll, fürsorgeberechtigt ist Hat er sein Fürsorgerecht gemäß § 1666 BGB. verscherzt, so erwirbt er natürlich dasselbe durch die Ehescheidung nicht wieder, sondern dann bekommt eben der für schuldig erklärte Teil das Kind.[4]) Außerdem kann aber das Vormundschaftsgericht im Interesse des Kindes, wenn mehrere vorhanden sind, auch bezüglich nur einzelner,[5]) eine von der gesetzlichen Regelung abweichende Anordnung treffen, nachdem es zuvor das Jugendamt gehört hat, RJWG. § 43 Abs. 1. Voraussetzung dafür ist, daß besondere Gründe, d. h solche Gründe, welche bei normaler Regelung das leibliche und geistige Wohl des Kindes gefährden würden, vorhanden sind.[6]) Das Gesetz hat darüber keine näheren Bestimmungen getroffen und überläßt die Feststellung dieser besonderen Gründe dem freien Ermessen des Vormundschaftsgerichts. Es müssen aber, wenn es bei der normalen Regelung bliebe, Gefahren für das Kind vorhanden sein; daß die Erziehung durch den anderen Ehegatten für das Kind nur vorteilhafter wäre, genügt nicht.[7]) Ein Verschulden des erziehungsberechtigten Ehegatten gegenüber dem Kind ist keineswegs erforderlich; es müssen also die Voraussetzungen des § 1666 BGB. nicht vorhanden sein.[8]) Das Vormundschaftsgericht darf aber, wenn es eine solche abweichende

[4]) Enneccerus-Kipp-Wolff S. 347 Anm. 27a

[5]) Staudinger Anm 1b zu § 1635

[6]) RGE. 46, 168 ff; DJZ 1904, Sp 413; 1917, Sp 905; Recht 1910 Nr. 2843; Colmar OLG 18, 277 f; KG OLG 9, 457 f; KG OLG. 10, 287; Bay. Ob. LG Recht 1915, Nr 561; 1917, Nr. 1084 85; 1921 Nr. 120

[7]) Hamburg OLG. 21, 260.

[8]) KG OLG. 31, 406 f.

Anordnung trifft, das Kind nur dem anderen Ehegatten zuweisen. Einem Dritten darf es das Kind nicht zuteilen, es sei denn, daß bei beiden Ehegatten die Voraussetzungen des § 1666 BGB. gegeben sind.[9]) Die Ehescheidung ist nur von Einfluß für die tatsächliche Personenfürsorge. Die Vertretung des Kindes und das Recht der Verwaltung und Nutznießung des Kindesvermögens verbleibt auch dem für schuldig erklärten, nicht sorgeberechtigten Vater. Die fürsorgeberechtigte Mutter kann daher zwar den Aufenthalt des Kindes bestimmen und den Herausgabeanspruch geltend machen, zur Bestimmung des Wohnsitzes ist sie aber nicht ermächtigt; dazu bleibt nur der Vater befugt.[10])

Die Ehe kann auch infolge Geisteskrankheit eines Ehegatten geschieden werden. In diesem Fall bleibt das Sorgerecht des Vaters, wenn die Mutter geisteskrank ist, unberührt. Wenn dagegen die Ehe wegen Geisteskrankheit des Mannes geschieden wird, so geht die Befugnis der Mutter, die elterliche Gewalt des Vaters nach § 1685 Abs. 1 BGB. auszuüben, mit der Auflösung der Ehe unter;[11]) ihr eigenes Fürsorgerecht erleidet jedoch keine Veränderung. Das Vormundschaftsgericht hat ihr aber auf Antrag die elterliche Gewalt zu übertragen, § 1685 Abs. 2 BGB., wodurch dann die etwa eingeleitete oder bereits bestehende Vormundschaft gem. § 1882 BGB beendigt wird. Stellt die Mutter aber diesen Antrag nicht, so muß ein Vormund bestellt werden, neben welchem die Mutter das Recht der Personenfürsorge besitzt.

Trotz dieser Regelung kann aber unter Umständen der nach dem Scheidungsurteil nicht sorgeberechtigte Elternteil ohne Eingreifen des Vormundschaftsgerichts die Personensorge erlangen. Dies ist der Fall, wenn der sorgeberechtigte Elternteil stirbt oder aus sonst einem Grunde der Personenfürsorge für das Kind verlustig wird. Es geht hier nicht, wie Sieveking[12]) der Ansicht zu sein scheint, das Sorgerecht auf den gesetzlichen Vertreter über. Dies würde voraussetzen, daß die Regelung in § 1635 BGB. die Folge eines das Wohl des Kindes gefährdenden Verhaltens wäre und daß dem schuldigen Ehegatten deshalb die elterliche Gewalt entzogen würde. Die Motive[13]) sagen aber das Gegenteil. Es sei mit den sonstigen

[9]) Enneccerus-Kipp-Wolff S. 349; Planck Anm. 4b zu § 1635; Knitschky S. 155; KG OLG. 31, 407; Dresden OLG. 36, 208.

[10]) Enneccerus-Kipp-Wolff S. 347, KGOLG. 41, 59 Anm. 1.

[11]) Staudinger Anm. 5 zu § 1685.

[12]) Recht 1906, S. 107 ff.

[13]) Bd. IV, S. 623.

Grundsätzen des Entwurfs über die Entziehung oder Verwirkung der elterlichen Gewalt nicht vereinbar, schon an die Tatsache, daß ein Ehegatte bei der Scheidung für den schuldigen Teil erklärt worden sei, den Verlust der elterlichen Gewalt zu knüpfen. Der schuldige Ehegatte hat nicht die Rechte der Kinder, sondern die des anderen Ehegatten verletzt. Die Trennung der Ehe, die eine gemeinschaftliche Erziehung der Kinder durch beide Eltern unmöglich macht und somit eine Ausschaltung eines der beiden Ehegatten an der Kindeserziehung nach sich zieht, hat die Zuteilung der Kinder an den unschuldigen Ehegatten aus Billigkeitsgründen zur Folge. Wer die Trennung verschuldet hat, soll die Folgen derselben tragen, nicht aber der andere Teil. Wenn aber das Interesse des Kindes durch den unschuldigen Teil gefährdet wird, dann trifft, wie wir gesehen haben, das Vormundschaftsgericht eine das Verschulden der Ehegatten nicht berücksichtigende Anordnung. Dies zeigt, daß die Ehescheidung die elterliche Gewalt als solche nicht angreift. Es wacht deshalb, sobald die Notwendigkeit wegfällt, einem der Ehegatten das Kind zu entziehen, dessen volles Erziehungsrecht wieder auf. Dies trifft zu, sobald der sorgeberechtigte Ehegatte das Kind nicht mehr selbst erziehen kann. Es wäre deshalb ein Mißbrauch seiner Rechte, wenn z. B. der Vater, der nach § 1635 BGB. die Kinder zugesprochen erhielt, dieselben, da er sie selbst nicht erziehen kann, ohne zwingenden Grund nicht der Mutter, sondern einem Dritten in Pflege gäbe. Nur wenn eine Gefährdung des Kindes bei der Mutter zu besorgen wäre, dürfte er es bei einem Dritten unterbringen.[14]) Der Elternteil, der nach § 1635 BGB. zunächst nicht fürsorgeberechtigt sei, stehe dem Kinde immer noch näher als ein Dritter, sagt das Kammergericht. Das Reichsgericht[15]) billigt dies, indem es ausspricht, daß § 1635 BGB. das Recht des für schuldig erklärten Elternteils auf Fürsorge für das Kind, das ihm von Natur aus zustehe, nicht in weiterem Umfang entziehen wolle, als es das entgegenstehende Interesse des andern Elternteils verlange. Dies treffe aber zu, sowohl wenn der sorgeberechtigte Elternteil sterbe, als auch wenn sein Sorgerecht in anderer Weise wegfalle. Die Erwägung, daß geschiedene Eheleute dauernd in dem Maß erbitterte Feinde blieben, daß der eine die Kinder lieber in der Hand eines Fremden als in der des andern leiblichen Elternteils

[14]) KG. Deutsche Richterzeitg. 1926 Nr. 804; KG. J. W. 1927, S. 1215 und v. Blume daselbst.

[15]) RGE. 102, 287 = J. W. 1924, 465.

wissen wolle, könne nicht als durchschlagend anerkannt werden. Dieser Ansicht ist beizutreten und es kann zur Unterstützung auch noch die Bestimmung des § 1702 Abs. 2 und 3 angeführt werden. Hier sind ähnliche Verhältnisse in gleicher Weise geregelt. Die bösgläubige Mutter in der Putativehe, die der schuldig geschiedenen Ehefrau gleichgestellt wird, erhält beim Tode des Vaters oder bei dessen Verlust oder Ruhen der elterlichen Gewalt ebenfalls die Personenfürsorge. Aehnlich ist es auch in unserem Fall. Es liegt in beiden Fällen der Gedanke zu Grunde, wenn der zur Fürsorge berechtigte Elternteil aus irgend einem Grund sein Recht und seine Pflicht nicht mehr ausüben kann, dann soll der andere Teil an seine Stelle treten. Dagegen kann nicht angeführt werden, wie es bei Sieveking [16]) geschieht, daß, wenn nicht einmal bei nicht geschiedenen Ehen der Uebergang der Sorge auf den andern Ehegatten im Fall des § 1666 BGB. eintrete, dies umso weniger bei geschiedenen der Fall sein könne. Die Bedenken, die dort vorhanden sind, daß nämlich die Anordnung illusorisch sein könnte, liegen bei getrennter Ehe nicht vor, weshalb zwischen bestehender und geschiedener Ehe ein Unterschied zu machen ist Aus diesen Gründen muß deshalb der für schuldig erklärte Ehegatte bei Wegfall des Sorgerechts des unschuldigen, bezw. zur Sorge berechtigten Ehegatten sein Fürsorgerecht wieder erhalten.[17])

Die für die Scheidung getroffene Regelung des § 1635 BGB. gilt nur, wenn das Band der Ehe gelöst ist, nicht aber, wenn die Ehegatten nur tatsächlich von einander getrennt leben, ihre Ehe aber noch besteht. § 1635 BGB. sagt: „Ist die Ehe geschieden.“ Er setzt also eine formell geschiedene Ehe voraus. Für eine analoge Anwendung auf nur tatsächlich getrennt lebende Ehegatten ist kein Anhaltspunkt vorhanden. Wollte man auch hier eine Verteilung wie bei aufgelöster Ehe vornehmen, so müßte man dem Ehescheidungsprozeß vorgreifen. Es bedürfte wie dort der Feststellung der Schuld und damit wäre die Gefahr widersprechender Urteile gegeben, was nach Möglichkeit zu vermeiden ist. Das Bedürfnis nach einer derartigen Verteilung des Fürsorgerechts ist hier auch weniger groß als bei Trennung der Ehe. Das Getrenntleben ist meist nur ein

---

[16]) Recht 1906 S. 107.

[17]) Staudinger, Anm 4 zu § 1635; Opet-v. Blume, Anm. 5 zu § 1635; Schmid-Bardeleben i. Recht 1906 Sp. 994; Endemann § 167 Anm. 67; Enneccerus-Kipp-Wolff § 83 NB. 38; KG OLG. 11, 299; OLG. 26, 280; RG. i. Recht 1908 Nr. 2339; 1905 S. 511; Wicht S. 11; A. A. Planck, Anm. 6 zu § 1635; Kohler S. 452 VIII.

vorübergehender Zustand,[18]) welcher der Ehescheidung vorausgeht. Es wird die Mutter in den meisten Fällen, in denen sie zur Verweigerung der Herstellung der ehelichen Gemeinschaft berechtigt ist, mit Hilfe der Ehescheidung ihr Ziel erreichen können. Auf die Erhaltung derartiger Ehen braucht man nicht in besonderem Maße bedacht zu sein, und auch für die Mutter ist es dann kein Uebel, wenn die Ehe vollends geschieden wird.[19])

Zwar kann bei Bestehen der Ehe § 1635 BGB. nicht zur Anwendung kommen, wohl kann aber für die Dauer eines die Scheidung, Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit einer Ehe betreffenden Prozesses das Prozeßgericht, unbeschadet der Befugnis des Vormundschaftsgerichts, gemäß § 1666 BGB. einzugreifen, eine einstweilige Anordnung über die Unterbringung des Kindes erlassen.[20]) Dabei kann das Gericht auch das Verbleiben des Kindes bei einem Dritten anordnen.[21]) Von welchen Motiven das Gericht sich bei der Verteilung der Personensorge leiten lassen soll, ist weiter unten näher zu erörtern.[22])

Zu den Personen, die Herausgabe fordern können, gehören dann endlich noch der Vormund und der Pfleger des Kindes. Der Vormund hat wie der elterliche Gewalthaber für die Person seines Mündels zu sorgen, § 1793 BGB., und es steht ihm deshalb in gleicher Weise wie diesem der Anspruch auf Herausgabe seines Schützlings zu, § 1800 BGB.[23]). Ebenso kann auch der Pfleger, wenn ihm die Personenfürsorge für seinen Pflegling zusteht, diesen herausverlangen, sofern er zu den dem Herausgabeanspruch unterliegenden Personen gehört.

Der Anspruch auf Herausgabe steht, wie wir gesehen haben, nicht nur einer Person, sondern in der Regel mehreren Personen an ein und demselben Kinde zu. Diese Anspruchsberechtigung mehrerer an dem gleichen Objekt kann dann zu einem Streit unter den Berechtigten selbst führen. Ja in den meisten Fällen, in denen

[18]) Opet in J.W. 1917, 902.

[19]) Staudinger, Anm 9 zu § 1635 u. Anm. 5 zu § 1634, Knitschky S 156; RG. Warn E 1913 Nr 298; Recht 1909 S. 563; 1915 Nr. 57; J W. 1913, 646; Hamburg OLG. 2, 201; Celle OLG. 6, 59; KGOLG 4, 193; OLG. 24, 25; Schirdewahn S. 27, vgl auch Wicht S. 88, Lange S. 31 f.

[20]) § 627 CPO.

[21]) Stein-Jonas, Anm III, 3 zu § 627.

[22]) Abschnitt V § 11.

[23]) OLG Dresden. Recht 1905 S. 370. Nr. 1678; KGOLG 1. 366 ff; OLG. 2, 450 ff.

um die Herausgabe eines Kindes prozessiert wird, ist der Beklagte eine dieser Personen und der Kläger macht lediglich ein besseres Recht auf Personenfürsorge geltend. Es ist deshalb festzustellen, in welcher Reihenfolge sie ihre Rechte geltend machen können und wessen Herausgabeanspruch dem des anderen vorgeht, wenn infolge ihres Getrenntlebens die Unterbringung des Kindes bei sämtlichen nicht möglich ist.

Normalerweise sind während Bestehens der Ehe Vater und Mutter erziehungsberechtigt, wobei der Vater in seiner Stellung bevorzugt ist. § 1634 BGB. sagt: „Bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den Eltern geht die Meinung des Vaters vor." Die Entscheidung des Vaters ist also in Erziehungsfragen maßgebend; wenn er den Herausgabeanspruch geltend macht, muß deshalb die Mutter mit ihren Rechten weichen. Der Vater kann selbst von der Mutter das Kind herausverlangen und wenn er einem Dritten die Erziehung des Kindes gestattet, so wird die Mutter, wenn sie von diesem das Kind herausverlangt, auch ihm gegenüber mit der Klage abgewiesen.[24]) Das Erziehungsrecht der Mutter ist aber das gleiche wie das des Vaters; beide haben, wenngleich die Mutter die elterliche Gewalt nicht besitzt, in gleicher Weise das Recht der Personenfürsorge für das Kind.[25]) Darauf weist das Wort „neben" in § 1634 BGB. und das im Familienrecht geltende Prinzip der gebührenden Rücksichtnahme auf die anderen Beteiligten hin. Das Entscheidungsrecht des Vaters ist deshalb kein willkürliches, sondern seine Meinung gilt nur, wenn sie ihm dem Wohle des Kindes besser oder mindestens ebensogut zu dienen scheint, wie die der Mutter. Daraus folgt, daß der Vater bei Meinungsverschiedenheit zwischen ihm und der Mutter auch diese mit ihren Gründen hören muß und erst dann, wenn er sich im Wege gegenseitiger Besprechung nicht davon überzeugen kann, daß die Ansicht der Mutter dem Wohle des Kindes dienlicher ist, hat er das Entscheidungsrecht. Handelt der Vater anders, so mißbraucht er seine Rechte.[26])

Wenn das BGB. mit dieser Regelung auch nicht den Herrenstandpunkt des römischen Rechts einnimmt, so ist mit dem Entscheidungsrecht des Mannes doch ein Uebergewicht auf seiner Seite

---

[24]) Staudinger, Anm 1b zu § 1634; Knitschky S. 156; Opet S. 215; Enneccerus-Kipp-Wolff S 361; Eck a. a O. S. 120; André S. 23; vergl. auch Planck, Anm. 1 zu § 1632 und Vorentw. S. 1440.

[25]) Vgl. Motive Bd. IV S. 736; Eck a a. O. S. 120 und 126.

[26]) Vgl. S. 21 ff.

gegeben, das nach den Motiven[27]) in der Natur der Dinge begründet ist. Die Gleichberechtigung der beiden Ehegatten ist dadurch beseitigt. Es ist dabei, wie Wicht[28]) richtig bemerkt, rein auf die Stärkeverhältnisse der beiden Geschlechter Rücksicht genommen, während der von Natur aus stärkere Zusammenhang von Mutter und Kind unberücksichtigt bleibt. Gegen diese „Zurücksetzung des weiblichen Geschlechts“[29]) wird heute, wo die Frau vielfach, insbesondere in den niederen Kreisen, in fast gleichem Maße wie der Mann an dem Erwerbsleben und der Ernährung der Familie beteiligt ist, von der modernen Frauenbewegung angekämpft und eine völlige Gleichstellung von Mann und Frau verlangt. So bestimmt denn auch Art. 119 der neuen Reichsverfassung: „Sie (die Ehe) beruht auf der Gleichberechtigung der beiden Geschlechter.“ Damit kann aber keine Rede davon sein, daß, wie Kröger[30]) ausführt, § 1634 S. 2 BGB. nicht mehr gelte. Es sind vielmehr, wie er selbst zu Beginn seiner Ausführungen sagt, die Bestimmungen des BGB nicht aufgehoben. Sie sind die lex specialis gegenüber dem Art. 119 als lex generalis. Dieser will nur ein Programm aufstellen für die zukünftige Gestaltung des Eherechts. Es seien hier auch kurz die bereits gemachten Vorschläge erwähnt. Von verschiedener Seite wurde vorgeschlagen, im Falle der Meinungsverschiedenheit unter den Ehegatten jedem die Möglichkeit zu geben, das Vormundschaftsgericht anzurufen.[31]) Zwar wäre u. E. dadurch weniger eine Beeinträchtigung der Autorität der Eltern zu befürchten,[32]) als vielmehr die Störung und Vernichtung des Familienfriedens. Mag der Staat heute auch mehr denn je sich um die Familie, insbesondere um die Erziehung der Kinder kümmern und mag sich infolgedessen auch mancher Beamte öfters mit Familienangelegenheiten zu befassen haben, so darf doch nicht unbeachtet bleiben, daß dies meist von den Familienangehörigen schwer empfunden wird. Dies wird aber noch viel mehr der Fall sein, wenn es vom andern Ehegatten veranlaßt wurde, als wenn der Beamte aus eigener Initiative seines Amtes waltet. Eine Verstärkung der gegenseitigen Abneigung unter den Ehegatten würde die Folge sein. Ferner wäre in vielen Fällen eine genaue Kenntnis der Verhältnisse, insbesondere auch der

[27]) Bd. IV S. 736.
[28]) S. 69.
[29]) Opet S. 179.
[30]) DJZ. 1922 Sp. 604.
[31]) Eck a. a O. S. 126 f; Munk JW. 1925, 309.
[32]) Kempin in Schmollers Jahrb. Bd 24, S. 1205; vgl. auch Opet S. 179 f.

Veranlagung des Kindes und sein Verhältnis zu den Eltern erforderlich, um die richtige Entscheidung treffen zu können, sodaß auch das Vormundschaftsgericht nicht immer in der Lage wäre, die richtige Entscheidung zu finden. In den Fällen aber, in denen eine solche Kenntnis nicht erforderlich ist, die Entscheidung des andern Ehegatten offenbar unbillig und nicht aus der Sorge für das Wohl des Kindes entsprungen ist, wird vielfach auf anderem Wege zu helfen sein. Eine Anrufung bei jeder kleinen Meinungsverschiedenheit ließe sich praktisch überhaupt nicht durchführen, sodaß es bis zu einem gewissen Grad eine Bestimmung bliebe, die nur auf dem Papiere stünde. Der Vater hätte in Wirklichkeit doch die Entscheidung, da sein Uebergewicht, wie die Motive sagen, in der Natur der Dinge liegt und im Wege der Gesetzgebung nicht beseitigt werden kann.

Bei Konkurrenz des Herausgabeanspruchs des Pflegers und Vormunds einerseits und der Eltern anderseits geht normalerweise der Anspruch der ersteren vor. Die väterliche Personenfürsorge erstreckt sich nämlich gem. § 1628 BGB. nicht auf die Angelegenheiten des Kindes, für welche es einen Pfleger erhalten hat und soweit dem Vater auch nach § 1676 BGB. das Recht der tatsächlichen Fürsorge verbleibt, hat doch nicht er, sondern der gesetzliche Vertreter das Entscheidungsrecht. Wenn aber nach dem Tod des Vaters die elterliche Gewalt der Mutter wegen ihrer Minderjährigkeit ruht oder wenn ihr als der unehelichen oder wieder verheirateten Mutter auch die elterliche Gewalt nicht zusteht, sondern nur die tatsächliche Personenfürsorge, so hat sie doch bei Meinungsverschiedenheit mit dem Vormund die Entscheidung, da dieser nur die rechtliche Stellung eines Beistandes hat.[33]) Bezüglich des persönlichen Fürsorgerechts tritt bei der Witwe mit der Wiederverheiratung keine Aenderung ein. Dasselbe gilt auch für die uneheliche Mutter, es sei denn, daß sie sich mit dem unehelichen Erzeuger verheiratet, der dann die elterliche Gewalt über das Kind erlangt.

Diese hier genannten Personen können, abgesehen von den Endigungsgründen, die in der Person ihrer Schützlinge liegen, der Personensorge und damit des Herausgabeanspruchs verlustig werden. So verlieren Vormund und Pfleger mit ihrem Amt natürlich auch das Sorgerecht. Dasselbe gilt auch, wenn die Eltern ihr „Elternamt" (v. Blume) durch die Adoption des Kindes durch einen Dritten verlieren. Mit der Auflösung des Adoptionsverhältnisses treten sie aber

---

[33]) Staudinger, Anm. 2b zu § 1707; Soergel, Anm. zu § 1707; KG OLG. 16, 20.

wieder, wenn auch nicht in vollem Umfang, in ihre früheren Rechte ein. Sie erhalten zwar nicht mehr die elterliche Gewalt, wohl aber das Personenfürsorgerecht. Im Fall der Ehelichkeitserklärung des Kindes durch obrigkeitliche Verfügung verliert die Mutter ebenfalls das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen. Jedoch ist auch hier der Verlust nicht unbedingt für alle Zeiten. Die Mutter tritt in ihre Rechte und Pflichten wieder ein, wenn sie dem Kinde Unterhalt zu gewähren hat und die elterliche Gewalt des Vaters endigt oder wegen Geschäftsunfähigkeit des Vaters oder nach § 1677 BGB. ruht, § 1738 BGB. Darunter fällt auch der Fall der Entziehung der Rechte des Vaters durch das Vormundschaftsgericht nach § 1666 BGB.[34]) Auf den schon oben erwähnten Verlust bei der Ehescheidung sei hier nochmals hingewiesen. Weiter kann der Gewalthaber sein Recht auf Herausgabe des Kindes dadurch verscherzen, daß er sich einer Verfehlung gegen das Kind schuldig macht. § 1680 BGB. bestimmt, daß der Vater die elterliche Gewalt verwirkt, wenn er wegen eines an dem Kinde verübten Verbrechens oder vorsätzlich verübten Vergehens zu Zuchthausstrafe oder zu einer Gefängnisstrafe von mindestens sechs Monaten verurteilt wird. Die Mutter erwirbt aber dadurch während Bestehens der Ehe die elterliche Gewalt nicht, sondern es ist für das Kind ein Vormund zu bestellen, der an Stelle des Vaters tritt. Ferner ruht die elterliche Gewalt des Vaters, wenn er geschäftsunfähig, wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, wenn er einen Gebrechlichkeitspfleger erhalten hat oder wenn vom Vormundschaftsgericht seine tatsächliche Verhinderung festgestellt wurde, §§ 1676 und 1677 BGB. Das Ruhen der elterlichen Gewalt wegen beschränkter Geschäftsfähigkeit oder wegen Anordnung der Gebrechlichkeitspflegschaft raubt ihm zwar das Recht der Sorge für die Person des Kindes nicht, sodaß ihm der Herausgabeanspruch verbleibt, aber die nach § 1685 BGB. in diesem Fall mit der Ausübung der elterlichen Gewalt betraute Mutter entscheidet. Weiter hat das Vormundschaftsgericht von Amts wegen bei Pflichtverletzung des Gewalthabers, wenn nämlich das geistige und leibliche Wohl des Kindes dadurch gefährdet ist, daß der Vater das Recht der Sorge für die Person des Kindes mißbraucht, das Kind vernachlässigt oder sich eines ehrlosen oder unsittlichen Verhaltens schuldig macht, die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßregeln zu treffen (§ 1666). Dies gilt

[34]) Staudinger, Anm. 2 b α zu § 1738; Opet-v Blume, Anm 3 a α zu § 1738; RGR. Komm, Anm. zu § 1738; A A. Planck, Anm. 2 zu § 1738.

sowohl bei bestehender, als auch bei geschiedener Ehe. In der Wahl seiner Mittel ist das Vormundschaftsgericht frei, insbesondere kann es das Kind in einer geeigneten Familie oder in einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt unterbringen. Bestritten ist aber,[35]) ob es dabei nur zur Entziehung einzelner Rechte der elterlichen Gewalt befugt ist, oder ob es dem Gewalthaber sämtliche in der elterlichen Gewalt enthaltenen Bestandteile als Ganzes nehmen darf. Auf diese Frage ist hier nicht weiter einzugehen, da daran nicht gezweifelt wird, daß dem Gewalthaber die Personenfürsorge und damit der Herausgabeanspruch durch Verfügung des Vormundschaftsgerichts entzogen werden kann. Wer dann in erster Linie anspruchsberechtigt ist, hängt von der Anordnung des Vormundschaftsgerichts ab. Der Antragsteller — vielfach wird nämlich das Vormundschaftsgericht von einer dem Kinde nahestehenden Person oder einer Behörde zum Eingreifen veranlaßt werden — bekommt aber durch die Stellung des Antrages beim Vormundschaftsgericht noch nicht das Recht, das Kind dem Vater vorzuenthalten, es muß vielmehr die Anordnung des Vormundschaftsgerichts abgewartet werden, das dann dem Antragsteller das Fürsorgerecht übertragen kann.[36]) Das Gleiche, was hier vom Vater gesagt ist, gilt entsprechend natürlich auch von der Mutter.

§ 5.

Begriff der Vorenthaltung.

Der Anspruch des Gewalthabers auf Herausgabe des Kindes entspricht dem Herausgabeanspruch des Eigentümers gegenüber dem Besitzer. Wie wir bereits oben schon erwähnt haben, handelt es sich bei beiden Ansprüchen um absolute Rechte, deren Voraussetzungen und Inhalt dieselben sind; ein Unterschied besteht nur insofern, als der eine einen dinglichen, der andere einen familienrechtlichen Charakter trägt, was aus der Verschiedenheit der Objekte folgt. § 985 BGB. kehrt in § 1632 BGB. in einer dem Familien-

---

[35]) Staudinger, Anm. III A 4 und B 5 zu § 1666 und Vorbem. 4 b ε vor § 1676; Goldmann-Lilienthal S. 322 III 2, insbes. Anm. 33 und 34; KG OLG. 6, 170 f, KG OLG. 7, 418 ff; KG. 31, 409 ff; Endemann, Anm. 24 bei § 203 und Bem. III B 5 zu § 1666; Hugo Neumann: Handausgabe des BGB. für das deutsche Reich, Berlin 1909, Vorbemerkg. II vor § 1679.

[36]) DJZ. 1905 Sp. 313.

recht angepaßten Gestaltung wieder. Es ist also Voraussetzung, daß der Anspruchgegner dem Kinde gegenüber in einem besitzähnlichen Verhältnis steht, kraft dessen er die tatsächliche Herrschaftsmöglichkeit, die tatsächliche Obhutgewalt über das Kind ausübt.

Was nun den Begriff der Vorenthaltung betrifft, so läßt sich als allgemeiner Grundsatz sagen, daß in einem völlig passiven, untätigen Verhalten ein Vorenthalten noch nicht zu sehen ist. So sagt auch das gemeine Recht, daß die Klage insofern ausgeschlossen sei, als der Beklagte nichts getan habe, die Ausübung der Rechte des Vaters zu verhindern.[1]) Daran schließt sich auch das BGB. an und fordert ebenfalls, daß der Beklagte sich positiv mit dem Herausgabeverlangen des Fürsorgeberechtigten in Widerspruch setzt.[2]) Es genügt also nicht schon die Tatsache, daß das Kind sich beim Beklagten befindet, wie etwa beim Eigentumsanspruch, wo schon der bloße Besitz der Sache die Beklagteneigenschaft begründet. Es ist vielmehr erforderlich, daß der Beklagte dem Herausgabeverlangen Hindernisse entgegensetzt.[3]) Das Oberlandesgericht Stuttgart definiert in seiner Entscheidung vom 12. 5. 1911[4]) folgendermaßen: „Dieser Begriff (des Vorenthaltens) erfordert vielmehr, daß der Dritte dem Willen des Gewalthabers widerstrebt, eine tatsächliche Lage schafft, vermöge deren diesem die Wegnahme des Kindes nicht unerheblich erschwert wird." Dieses Widerstreben kann nun in den verschiedensten Möglichkeiten des Verhaltens zum Ausdruck kommen und es läßt sich nur von Fall zu Fall entscheiden, welche tatsächlichen Verhältnisse jeweils als ausschlaggebend zu betrachten sind.[5]) Es kommt dabei insbesondere auf das frühere Verhalten des Beklagten an. Hat er durch sein früheres Benehmen besondere Hindernisse geschaffen, so liegt schon in der Nichtbeseitigung dieser Hindernisse und Schwierigkeiten ein weiteres Vorenthalten.[6]) So kann z. B. in der Nichbeseitigung des schädlichen Einflusses, den der Beklagte früher ausgeübt hat, eine Vorenthaltung zu erblicken sein.[7]) Bei der Beurteilung dieser Frage ist auch zu berücksichtigen, ob es sich um ein mehr oder weniger selbständiges

[1]) RG. Seuff. Arch. Bd. 1 Nr. 82.
[2]) OLG. Celle JW. 1924, 539; Warn E. 1918, Nr. 12.
[3]) OLG. Breslau JW. 1916, 910.
[4]) OLG. 23, 412.
[5]) Warn. E 1917, Nr 250; OLG. Celle JW 1924, 539.
[6]) Warn E. 1914, Nr. 124; 1918 Nr. 190; OLG. Breslau JW. 1916, 910.
[7]) Warn E. 1918, Nr. 12; OLG. Celle JW. 1924, 539.

Kind handelt.[8]) Es ist also keineswegs erforderlich, daß der Dritte das Kind dem Kläger weggenommen hat oder den tatsächlichen Heimführungsversuchen des Gewalthabers entgegentritt. So ist ein Vorenthalten auch darin zu sehen, daß der Beklagte mittelbar, z. B. durch Vorenthaltung der notwendigen Bedarfsgegenstände des Kindes, wie z. B. der Kleider, oder auf sonstige Weise ein Verbleiben des Kindes bei ihm erzwingt.[9]) Ferner sind die Voraussetzungen für die Klage auch dann gegeben, wenn der Beklagte durch ausweichende, unbestimmte oder falsche Antworten dem Gewalthaber den Aufenthalt des Kindes verheimlicht.[10]) Nach einem Urteil des Oberlandesgerichts Celle[11]) hat derjenige, welchem ein Anspruch auf Herausgabe des Kindes zusteht, auch einen Anspruch auf Mitteilung, wo es sich befindet. Auch kann er Auskunft verlangen, wo und wann er das Kind abholen kann.[12]) Allgemein anerkannt ist dagegen, daß lediglich in der Gewährung von Nahrung und Wohnung, wodurch dem Kinde das Fernbleiben von dem Gewalthaber ermöglicht wird, die Voraussetzungen des § 1632 BGB. noch nicht erfüllt sind.[13]) Denn hier ist es das Kind — auf dessen Willen es bei der Geltendmachung des Herausgabeanspruches nicht ankommt — das dem Vater durch sein Fortlaufen die Möglichkeit der Fürsorge entzieht, und gegen dieses kann er die notwendigen Maßregeln ergreifen.[14]) Ein umstrittenes Problem ist es, ob

---

[8]) Karlsruhe OLG. 11, 292; Warn E 1917, Nr. 250.

[9]) RG Recht 1900, S. 373 Nr. 218; 1916 Nr. 1536; 1918 Nr. 1383; Warn E. 1917 S. 397; RGR Komm., Anm 1 zu § 1632; Gruch Beitr. Bd. 60, 1002; OLG. Breslau JW 1916, 910.

[10]) Warn E. 1918 Nr. 12; Recht 1917 Nr. 2023.

[11]) OLG. 41, 59; siehe auch Lehmann S. 205.

[12]) Karlsruhe OLG 11, 292

[13]) Staudinger, Anm. 2 b α zu § 1632; Opet-v. Blume, Anm. 2 b zu § 1632; Planck, Anm. 2 zu § 1632; Motive Bd. IV S. 754; Warn E. 1917, Nr. 250; 1918 Nr. 12; RG. Leipzig Z 18, S 1264; OLG. Celle JW. 1924 S. 539; Stuttgart OLG 23, 412; Jena OLG. 4, 109; Seuff. Arch. Bd. 78, 232; vgl. auch Goldmann-Lilienthal S. 261, Anm. 37.

[14]) Zwar kann der Vater nicht mit einer Klage gegen das Kind vorgehen; dafür hat er aber ein viel besseres und wirksameres Mittel. Im Wege des Zwanges kann er unter Anwendung angemessener Zuchtmittel, die aber nicht über das Maß, wie sie ein verständiger Vater anwendet, hinausgehen dürfen, das Kind zu sich zurückführen. Dabei hat ihn das Vormundschaftsgericht, § 1631 Abs. 2 BGB. und dieses das Jugendamt, § 43 Abs. 1 JGG., durch geeignete Mittel auf seinen Wunsch hin zu unterstützen. Ebenso kann auch die Polizei in Anspruch genommen werden Zwar hat die zweite Kommission die in Entwurf I enthaltene Bestimmung, daß der Gewalthaber auch polizeiliche Hilfe beanspruchen könne, gestrichen, weil sie dem öffentlichen Recht angehöre

das nur wörtliche Bestreiten ein Vorenthalten begründet. U. E. kann diese Frage weder i. S. von v. Blume,[15]) der die Frage verneint, noch in entgegengesetztem Sinn[16]) gelöst werden; sie ist vielmehr von Fall zu Fall zu entscheiden. Es müssen, wenn man die Voraussetzungen des Vorenthaltens für gegeben annehmen will, besondere Gründe dies rechtfertigen. Dies dürfte z. B. gegeben sein, wenn das Recht des Klägers derart hartnäckig bestritten wird, daß er jederzeit die Entführung seines Kindes zu befürchten hat.

Weiter wäre noch die Frage zu untersuchen, ob auch durch psychischen Einfluß auf das Kind, z. B. durch Verächtlichmachung und Herabwürdigung des Gewalthabers der Tatbestand des § 1632 BGB. erfüllt ist. Zwar ist man sich darüber einig, daß der Gewalthaber sich eine Beeinträchtigung seines Sorgerechts auf diese Weise nicht gefallen zu lassen braucht, jedoch über die rechtliche Begründung herrscht Streit. Die weit überwiegende Ansicht wendet auch für diesen Fall § 1632 BGB. an.[17]) Dagegen wird von Hengsberger[18]) eingewendet, daß aus dem Wortlaut des § 1632 BGB. sich entnehmen lasse, daß der Begriff der Vorenthaltung sich auf solche Einwirkungen beschränke, die sich auf den Körper des Kindes bezögen. Dies ergäbe sich zwar weniger aus dem Ausdruck „vorenthalten", als vielmehr aus dem Wort „Herausgabe". Eine derartige Auslegung, die so sehr an dem Worte klebt, kann aber unmöglich richtig sein. Als eine Herausgabe kann es doch auch angesehen werden, wenn der das Kind Vorenthaltende durch Einreden auf dasselbe seinen früheren Einfluß beseitigt und es zur Rückkehr zum Gewalthaber veranlaßt. Die Tätigkeit bei der Herausgabe des Kindes gestaltet sich eben entsprechend der Handlungsweise, durch welche die Vorenthaltung bewirkt wurde. Es bedarf deshalb einer analogen Anwendung des § 1004 BGB. nicht. Seine Anwendbarkeit soll an und für sich allerdings nicht bestritten werden. Es ist anerkannten

---

(vgl. Motive Bd. IV S. 754); aber im württbg Ausführungsgesetz zum BGB. wurde diese Bestimmung in Art. 265 wieder ausdrücklich aufgenommen: „Wer die Sorge für die Person eines Minderjährigen hat, kann diesem gegenüber im Falle des Flüchtigwerdens zum Zwecke der Zuführung polizeiliche Hilfe bei Gefahr im Verzug in Anspruch nehmen".

[15]) Opet-v. Blume, Anm. 2b zu § 1632.

[16]) Staudinger, Anm. 2b zu § 1632; Soergel, Anm. zu § 1632; Ossent S. 20; Hengsberger S. 17; Lange S. 22 f.

[17]) Enneccerus-Kipp-Wolff § 79, IV; Goldmann-Lilienthal S. 262, Anm 37; Warn E. 1914 S. 176; RG Recht 17, Nr. 2033; JW. 1916, 910; Leipz. Z 1918 S. 323; RGR Komm., Anm. 1 zu § 1632; vgl. auch Stuttgart OLG. 23, 412.

[18]) S. 18 ff.

Rechtens, daß auf dem Wege der Analogie zu § 1004 BGB. alle absoluten Rechte durch Unterlassungsklage geschützt werden können.[19]) Jedoch greifen wir zur Analogie erst dann, wenn eine direkte Bestimmung nicht vorhanden ist, da es hier aber eine solche gibt, dürfen wir uns nicht der Analogie bedienen. Dagegen wäre dann, wenn ein Dritter im Widerspruch zum Gewalthaber mit dem Kinde verkehrte, § 1004 BGB. anwendbar.[20]) § 1632 BGB. setzt wie § 985 BGB. eine vollständige Entziehung voraus. Hier liegt aber keine vollständige Entziehung vor, sondern nur eine Beeinträchtigung des Erziehungsrechtes und somit ist § 1004 BGB., der nur eine Störung des geschützten Rechtes, nicht aber die vollständige Entziehung voraussetzt, analog anzuwenden.

Endlich wäre noch zu erwägen, ob von einem Vorenthalten i. S. des § 1632 BGB. auch gesprochen werden kann, wenn der Anspruchsgegener das Kind durch einen Dritten, z. B. durch eine Pensionsanstalt vorenthält. Das Oberlandesgericht Hamburg[21]) hat in seinem Urteil vom 20. Nov. 1909 diese Frage ablehnend entschieden. In der Begründung heißt es: „Es geht nicht an, die Voraussetzungen des gleicherweise gegen den mittelbaren, wie gegen den unmittelbaren Besitzer zustehenden Herausgabeanspruch für Sachen, § 985, auf die Herausgabe von Personen zu übertragen, wie bei Oertmann (2b zu § 1632) geschieht." Es kann jedoch dieser Ansicht nicht beigepflichtet werden. Es ist gleichgültig, ob der Beklagte persönlich oder durch einen Dritten, gleichsam als seinem Werkzeug, die tatsächlichen Handlungen vornimmt, durch die das Kind seinem Gewalthaber entzogen wird. Die Entziehung geschieht hier nur auf eine andere Art und Weise; es sind zwei Beteiligte vorhanden. Ferner ist nicht einzusehen, weshalb hier eine andere Behandlung der Frage notwendig sein sollte, als in dem ganz gleichliegenden Fall auf dem Gebiet des Sachenrechts, dem Herausgabeanspruch gegen den mittelbaren Besitzer, wo doch die Zulässigkeit allgemein anerkannt ist.[22]) Die tatsächliche Grundlage ist die gleiche; der Umstand, daß das Anspruchsobjekt keine Sache, sondern eine Person ist, schließt die Möglichkeit einer gleichen Behandlung nicht aus und es wäre eine willkürliche, verschiedene Entschei-

---

[19]) Staudinger, Anm 2g zu § 1004; RGR. Komm, Anm. 7 zu § 1004; RG. Recht 1913, Nr. 197.

[20]) Vgl. KG OLG 24, 23.

[21]) OLG 21, 255.

[22]) Staudinger, Anm II 2c zu § 985; RGR. Komm, Anm. 1 zu § 985; Soergel, Anm. 2 zu § 985 mit der dort weiter angegebenen Literatur.

dung gleicher Fragen. Zudem wäre es höchst unzweckmäßig, die Klage gegen den mittelbaren Obhutinhaber nicht zuzulassen, da mit der Entscheidung über sein Recht zugleich auch schon über das des unmittelbaren Obhutinhabers enschieden ist. Es hat sich deshalb auch das Reichsgericht in seinem Urteil vom 29. Okt. 1923 für die Zulässigkeit ausgesprochen:[23]) „Daß dem Herausgabeverlangen aus § 1632 auch der unterliegt, der das Kind durch Vermittlung eines andern dem Gewalthaber vorenthält, kann nicht zweifelhaft sein." Es ist somit sowohl der mittelbare, als auch der unmittelbare Obhutinhaber passiv legimitiert; jeder von ihnen ist zur Herausgabe verpflichtet, wofür sie als Gesamtschuldner haften. Der unmittelbare Obhutinhaber kann sich aber auf seinen Rechtsvermittler berufen, ihm den Streit verkünden und ihn unter Benennung an den Kläger zur Erklärung laden und bis zu seiner Erklärung oder bis zum Schluß des Termins, in welchem er sich zu erklären hat, die Verhandlung zur Hauptsache verweigern, analog § 76 CPO. Anerkennen wir nämlich die Möglichkeit einer Klage gegen den mittelbaren Obhutinhaber des Kindes und damit, wie bereits erwähnt, die Abhängigkeit des unmittelbaren Obhutinhabers von ihm, so müssen wir jenem auch Gelegenheit geben, den Urheber seines Rechts anzurufen. Dieser kann dann selbst sein Recht verteidigen und den Streit führen, wie es bei der Klage gegen den Besitzmittler möglich ist. Auch hier ist kein Grund vorhanden, die Analogie der für den Streit um Herausgabe von Sachen getroffenen Bestimmungen auszuschließen.[24])

§ 6.

Widerrechtlichkeit der Vorenthaltung und Beweislast.

Als weitere Voraussetzung neben der Vorenthaltung fordert das Gesetz für ein Obsiegen des Klägers im Prozeß die Widerrechtlichkeit der Handlungsweise des passiv Legitimierten. Das Herausgabeverlangen darf sich nur gegen den richten, der das Kind widerrechtlich vorenthält. Widerrechtlich ist nun das Verhalten des Beklagten nicht erst dann, wenn ihm das Unerlaubte seines Handelns zum Bewußtsein kommt, sondern Widerrechtlichkeit liegt schon dann vor, wenn das Gesetz ihn überhaupt nicht oder wenigstens erst

[23]) Seuff Arch Bd 78, 233; ebenso auch Enneccerus-Kipp-Wolff § 79, VI; OLG Celle JW 1924, 540.

[24]) A. A. Knitschky S. 161.

nach dem Kläger zur tatsächlichen Fürsorge für das Kind berufen hat. In letzterem Fall ist zwar der Beklagte zur Personensorge berufen, wenn aber ein besser Berechtigter als er kommt und von ihm die Herausgabe des Kindes verlangt, so muß er ihm weichen, widrigenfalls sein Verhalten widerrechtlich ist. Ueber das Rangverhältnis der einzelnen Erziehungsberechtigten zu einander siehe oben § 4.

Bezüglich der Beweislast wäre zu erwähnen, daß der Kläger, da er die den Anspruch begründenden Tatsachen zu beweisen hat, die Vorenthaltung des Kindes und sein Recht der Fürsorge für dasselbe dartun muß. Einen Beweis für die Widerrechtlichkeit der Vorenthaltung hat er dagegen nicht zu erbringen. Mit der Vorenthaltung an sich ist zugleich auch schon die Widerrechtlichkeit gegeben,[1]) sie kann aber durch besondere Umstände ausgeschlossen sein. Aus dem Wort „widerrechtlich" in § 1632 BGB. kann nicht, wie es vereinzelt geschieht,[2]) auf das Gegenteil geschlossen werden. Die Vorenthaltung des Kindes ist eine Verletzung des Fürsorgerechts des Gewalthabers und ist deshalb ohne weiteres widerrechtlich. Es soll dem Beklagten aber, wenn ihm aus besonderen Gründen die Vorenthaltung vom Gesetz gestattet wird, die Möglichkeit gegeben sein, darzutun, daß sein Vorenthalten ausnahmsweise nicht widerrechtlich ist und deshalb der Herausgabeanspruch gegen ihn nicht gerichtet werden kann, da er sich nur gegen eine widerrechtliche Vorenthaltung richtet. Diese Beweislastverteilung ergibt sich, wie die Motive[3]) sagen, aus den allgemeinen Beweisgrundsätzen. Sache des Beklagten sei es, im Wegen der Einrede die besonderen Umstände darzulegen und zu beweisen, welche ihm das Recht geben, dem Kläger, trotzdem derselbe an sich das Recht hat, für die Person des Kindes zu sorgen, das Kind vorzuenthalten.[4]) Solche Rechfertigungsgründe können sowohl dem privaten, als auch dem öffentlichen Recht entspringen und sind unten in Abschnitt III zu behandeln.

Diese Voraussetzungen, sowohl die Vorenthaltung, als auch die Widerrechtlichkeit müssen z. Z. der letzten mündlichen Verhandlung vorliegen, auf die das Urteil ergeht. Ist dies nicht der Fall, so ist

---

[1]) Zitelmann a a O. S. 29 f.
[2]) Spahn S. 89; Schirdewahn S. 34.
[3]) Bd. IV S. 753
[4]) Staudinger, Anm. 4 zu § 1632; Opet-v. Blume, Anm 2c zu § 1632; RGR. Komm, Anm 1 zu § 1632; Soergel, Anm zu § 1632; Goldmann-Lilienthal S. 262; Opet S. 214 f; Stuttgart OLG. 23, 412; RG. JW. 1903 Beil. S. 82 f.

die Klage abzuweisen, selbst wenn sie in früheren Terminen vorhanden waren.[5])

III. Abschnitt.

Einreden gegen die Geltendmachung des Herausgabeanspruchs.

§ 7.

Die Einrede des entgegenstehenden Vertrages.

Der Anspruch auf Herausgabe des Kindes kann, wie wir bereits oben in § 6 erwähnt haben, ausgeschlossen sein, da die Vorenthaltung nicht widerrechtlich ist. Es können sonst sämtliche übrigen im 2. Abschnitt aufgezählten Voraussetzungen gegeben sein; wenn die Widerrechtlichkeit fehlt, ist die Klage abzuweisen. Dies trifft dann zu, wenn dem Beklagten ein Gegenrecht zusteht, das zwar das Recht des Klägers zur Personensorge nicht notwendig aufhebt, wohl aber seinerseits ein besseres Recht zur Erziehung des Kindes begründet. Ein solches Gegenrecht oder eine solche Einrede kann auf den verschiedensten Gründen beruhen. Vielfach wird vom Beklagten eingewendet, der Gewalthaber habe sich durch Vertrag verpflichtet, das Kind ihm zu überlassen und den Herausgabeanspruch nicht geltend zu machen. Was ist nun von solchen Verträgen zu halten; haben sie Gültigkeit oder sind sie nichtig?

Das römische Recht beachtete derartige Verträge nicht, da sie eine Beeinträchtigung der patria postetas darstellen würden. Auch das gemeine Recht versagte ihnen die bindende Kraf, weil ihre Durchführung gegen die guten Sitten verstoße, denn das Erziehungsrecht der Eltern schließe zugleich eine sittliche Pflicht in sich, über deren Ausübung nicht in rechtlich bindender Weise im voraus paktiert werden könne. Die von der Natur den Eltern übertragenen Pflichten könnten nicht willkürlich durch Vertrag auf einen andern übertragen werden.[1]) Etwas abweichend davon erklärt Dernburg[2]) solche Verträge für gültig, wenn sie dem Kinde von Nutzen sind und auch das Reichsgericht sagt in einer späteren Entscheidung,[3])

[5]) Seuff. Arch Bd. 78, 232; Goldmann-Lilienthal S. 261; OLG. Celle JW. 1924, S. 540.

[1]) Seuff. Arch. Bd. 31 Nr. 23; RGE. Bd. 10, 113; Bd. 17, 129.

[2]) § 36.

[3]) RGE. Bd. 37, 189.

daß ein Vertrag zwischen den Eltern nicht den guten Sitten widerspreche und nach gemeinem Recht infolge des gemeinschaftlichen Erziehungsrechtes beider Eltern nichts gegen solche Verträge einzuwenden sei, daß aber der Richter bei der Nachprüfung solcher Streitfälle von seinem freien Ermessen bei der Zusprechung an einen der Elternteile Gebrauch machen soll. Eine absolute Gewähr bot somit ein solcher Vertrag nicht. Aehnlich war die Regelung auch im preußischen allgemeinen Landrecht.

Wie verhält sich nun das BGB. gegenüber solchen Verträgen? Eine besondere Bestimmung enthält es nicht und die Frage ist somit an Hand der allgemeinen Grundsätze über die Personensorge zu lösen. Andere Gesetze, wie z. B. der code civil[4]) und auch das ALR.[5]), haben im Gegensatz dazu teilweise ausdrückliche Verbote der Beeinträchtigung der elterlichen Gewalt durch Verträge. Auch die Redaktoren des BGB. wollten ursprünglich eine derartige Bestimmung aufnehmen. § 1561 E I hieß: „Auf die elterliche Gewalt kann nicht verzichtet werden." Dieser Paragraph wurde aber von der zweiten Kommission gestrichen, jedoch nicht deswegen, weil dieses Prinzip fallen gelassen werden sollte, sondern nur deswegen, weil diese Bestimmung selbstverständlich sei und sich argumentum e contrario bereits aus § 1537 ergebe.[6]) Es ist somit verfehlt, wenn Köhne[7]) daraus folgert, es sei nicht unzweifelhaft, ob nicht infolge der Streichung des § 1561 von einem Dritten dem die Herausgabe des Kindes fordernden Vater die Einrede vertragsmäßiger Ueberlassung des Kindes entgegengesetzt werden könne. Es läßt sich vielmehr neben der Entstehungsgeschichte des BGB. auch noch aus einer Reihe von Gesetzesbestimmungen und aus allgemeinen Grundsätzen auf die Unverzichtbarkeit der elterlichen Gewalt bezw. der Personenfürsorge schließen, ohne daß sie, wie es vielfach geschieht, in einem öffentlichrechtlichen[8]) oder höchstpersönlichen[9]) Charakter der elterlichen Gewalt zu suchen wäre.

Im Familienrecht gilt nicht das Prinzip der Vertragsfreiheit, wie etwa im Schuldrecht, sondern dies ist hier die Ausnahme. Die

---

[4]) Art. 1388.
[5]) II, 2 § 214.
[6]) Protokolle S. 6173.
[7]) Gruch. Beit. Bd. 40, 601.
[8]) Planck, Vorentw. S. 1450; Gimmerthal a. a. O. S. 390; Glässing, Arch. f. öffentl. R. 16, 188 und 449; vgl. auch Gehring S. 54 ff.
[9]) Vgl. Gehring S. 57; Eckard S. 51; Dernburg S. 270 V.

Vorschriften des Familienrechts sind zwingender Natur; sie haben insbesondere soweit sie die Personenfürsorge für das Kind betreffen, fremdnützigen Charakter. Es müßte deshalb die Möglichkeit vertragsmäßiger Aenderung ausdrücklich bestimmt sein, was aber nicht geschehen ist mit Rücksicht auf das Kind. Dieses bedarf infolge seiner Hilflosigkeit und Unselbständigkeit notwendig fremder Hilfe, welche ihm in erster Linie die Eltern zu gewähren berufen sind. Unsere ethischen Anschauungen fordern von den Eltern, daß sie ihre Kinder möglichst gut erziehen. Die gleiche Forderung stellt auch der Staat an die Eltern und zwar nicht nur, um für die Kinder zu sorgen, sondern auch in seinem eigenen Interesse. Es ist ihm an der Heranbildung tüchtiger Staatsbürger viel gelegen. Er hat deshalb dieses von der Natur den Eltern auferlegte Gebot zur Erziehung und Fürsorge der Kinder nicht nur aus ethischen, sondern auch aus rechtspolitischen Gründen zur Rechtspflicht erhoben, aus der sich dann die Unverzichtbarkeit ergibt.[10]) So spricht denn die neue Reichsverfassung in Artikel 120 von einem Recht auf Erziehung und Fürsorge, das jedes Kind seinen Eltern gegenüber habe. Auch § 1627 BGB. konstatiert nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht zur Personenfürsorge für das Kind. Es sind dies Pflichten sowohl gegenüber dem Kinde, als auch gegenüber dem Staate.[11]) Auf Rechte kann nun zwar verzichtet werden, aber auf Pflichten nicht.[12]) Ein Verzicht lediglich auf das Recht ist aber nicht möglich, da hier Rechte und Pflichten als ein einheitliches Ganzes miteinander verbunden sind. Das eine ist die Kehrseite des andern, weshalb beide an die Eltern gebunden sind.[13]) Zwar genügt nach Gehring[14]) der Pflichtcharakter der elterlichen Gewalt nicht, um ihre Unverzichtbarkeit zu begründen. Er führt andere Pflichten an, z. B. die des Patentinhabers oder des Eigentümers, deren der Verpflichtete sich entledigen könne, sodaß also aus dem Pflichtcharakter sich die Unverzichtbarkeit nicht ergebe. Bei dieser Argumentation übersieht er aber einen wesentlichen Punkt. Beim Eigen-

[10]) Vgl. dazu Gehring S. 60 ff. Nach ihm beruht die Unverzichtbarkeit nicht auf rechtsbegrifflichen Gründen, sondern nur auf rechtspolitischen Erwägungen, die im positiven Recht ihren Niederschlag gefunden hätten

[11]) Reichel, Recht 1914 Sp. 355.

[12]) Staudinger, Anm 4 zu § 1627; Gmmerthal a a O S. 389; André S. 26; Planck, Vorentw. S. 1442; Warn E. 1909, Nr 197; 12, Nr. 115, Nr. 220; KG OLG. 23, 413.

[13]) Ossent S. 48; Lange S 49.

[14]) Gehring S. 59 ff.

tümer und Patentinhaber folgt die Pflicht aus dem Recht, das veräußerlich ist und es geht deshalb die Pflicht notwendig mit dem Recht über; hier dagegen ist die Pflicht deswegen auferlegt, weil die Eltern als Erzeuger des Kindes unterhaltpflichtig sind. Der Unterschied besteht also darin, daß dort die Pflicht mit dem Recht, hier dagegen mit der Person verbunden ist.[15])

Zu dem gleichen Ergebnis kommen wir auch auf Grund des argumentum e contrario aus § 1662 BGB. Wenn das Gesetz dem Vater als Ersatz für seine Mühewaltung bei der Sorge für das Kind die Nutznießung an dessen Vermögen zuspricht, dabei aber ausdrücklich die Verzichtsmöglichkeit auf dieses Recht ausspricht, so muß daraus gefolgert werden, daß ein Verzicht auf die übrigen aus der elterlichen Gewalt entspringenden Rechte nicht möglich ist. Diese verschiedene Behandlungsweise erklärt sich daraus, daß der Verzicht auf die Nutznießung am Kindesvermögen dem Kinde nur nützlich sein kann, weshalb eine Pflicht zur Nutznießung auch nicht besteht, während der Verzicht auf die Fürsorge auch Schaden bringen kann,[16]) weshalb hier das Gesetz auch eine Pflicht konstatiert.

Als ein weiterer Grund für die Unmöglichkeit einer derartigen vertraglichen Bindung läßt sich ferner anführen, daß ein solcher Verzicht auf den Herausgabeanspruch gegen die guten Sitten verstoßen würde. Unbestrittenermaßen trifft dies für den Fall zu, daß der Gewalthaber gegen Entgelt auf die Fürsorge verzichtet und damit etwas von Geldeswert abhängig gemacht wird, was von der Moral wegen davon unabhängig sein soll. Aber dies ist auch noch auf andere Fälle auszudehnen. Es mag zwar zugegeben werden, daß eine vertragliche Regelung der Erziehung der Kinder vielfach Erwägungen entspringt, die das Beste derselben bezwecken sollen;[17]) aber daraus kann noch nicht geschlossen werden, daß der Vertrag deshalb sittlich ist. Allein der Umstand, daß der Fürsorgeverpflichtete seine Rechte preisgibt und dann nicht mehr in der Lage ist, für das Kind zu sorgen, wenn es von seinen Pflegeberechtigten vernachlässigt wird, kann dem Vertrag den Charakter der Unsittlichkeit geben. Allerdings ist eine solche Vernachlässigung im allgemeinen nur bei einem Vertrag zwischen einem Elternteil und einem Dritten zu befürchten, weshalb wir den

[15]) Wicht, S. 27 ff.
[16]) Lebrecht, S. 29; vgl Lange S. 49.
[17]) Danziger S. 20; Lebrecht S. 26 f.

Einwand der Unsittlichkeit auf diese Verträge beschränken möchten, während gegen einen Vertrag zwischen den beiden Elternteilen, wenn er nicht schon aus andern Gründen ungültig wäre, sich nichts einwenden ließe. Hier bleibt wenigstens eine der zur Erziehung des Kindes von Natur aus berufene Person zur Erziehung berechtigt, wodurch dann eine gewisse Gewähr für eine liebevolle Sorge für das Kind gegeben ist. Eine solche haben wir bei einem Vertrag mit einem Dritten nicht, weshalb er für unsittlich zu halten ist.[18]) Dagegen läßt sich die Nichtigkeit eines solchen Vertrages mangels einer ausdrücklichen Bestimmung nicht aus § 134 BGB. herleiten.

Für die Zulässigkeit einer vertraglichen Regelung der Personenfürsorge spricht sich Knitschky aus.[19]) Zur Begründung seiner Ansicht führt er an, daß das Gesetz Fälle kenne, bei denen die Eltern sich ihrer Fürsorge entziehen könnten, z. B. die Adoption; wolle man aber jenen Gedanken der Unverzichtbarkeit folgerichtig durchführen, so dürfe man die Adoption nur bei Vollwaisen zulassen. Auch bestehe das dringende Bedürfnis, derartige Verträge für gültig zu erklären, da nicht immer die Möglichkeit bestehe, das Kind zu adoptieren, z. B. wenn eigene Abkömmlinge vorhanden seien. Diese seine Einwendungen und insbesondere auch das von ihm angeführte Beispiel sind jedoch nicht überzeugend. Der Gesetzgeber hatte seine guten Gründe, die Adoptionsmöglichkeit beim Vorhandensein ehelicher Abkömmlinge auszuschließen. Das Wohl des Kindes wäre hier sehr gefährdet, denn es liegt in der Natur der Dinge, daß die leiblichen Kinder vor den Adoptivkindern bevorzugt werden würden. Ueberhaupt zeigen die vielen Kautelen, unter denen die Adoption zugelassen ist, deutlich den Charakter eines Ausnahmeinstituts, das eine analoge Ausdehnung, da es sich um regelwidriges Recht handelt, nicht zuläßt, sondern die Adoption auf die ausdrücklich zugelassenen Fälle beschränkt ist. Es geht deshalb unter keinen Umständen an, das ausdrückliche Verbot, das wir unter den Bestimmungen über die Adoption finden, zu umgehen, um auf anderem Weg das gleiche Ziel zu erreichen. Dabei ist noch zu berücksichtigen, daß die Folgen eines Verzichts auf die Fürsorgemöglichkeit in diesem Sinn noch schwerwiegender wäre als die der Adoption, da hier sämtliche Bande vollständig gelöst würden, was die Möglichkeit eines Wiederauflebens der elterlichen Fürsorge ausschließt, während bei der Adoption die leiblichen Eltern in ihre Fürsorgepflicht wieder eintreten,

[18]) André S. 26; Opet 217; Eckard S. 52; vgl. auch Gehring S. 57 f. Zu dem gleichen Ergebnis wie hier kommt auch Lange S. 46 f.

[19]) S. 156 ff.

wenn die elterliche Gewalt des Annehmenden endigt oder ruht, § 1765 Abs. 2 BGB.[19a])

Als ein weiterer Fall, der einen Verzicht des Gewalthabers auf seine Rechte darstelle, wird die Volljährigkeitserklärung angeführt. Jedoch ist hier ebenfalls einzuwenden, daß es sich um ius singulare handelt. das nicht verallgemeinert werden darf und das ebenfalls durch Garantien geschützt ist, so daß eine Gefährdung des Kindes auch hier ausgeschlossen ist, vielmehr nur das Wohl des Kindes gefördert wird. Endlich ist nicht zu übersehen, daß es sich hier um Kinder handelt, die der Volljährigkeit nahe stehen, bei denen also der Verzicht auf die Fürsorge wegen seiner kurzen Dauer nicht von so großer Bedeutung ist, zumal das Vormundschaftsgericht die Volljährigkeitserklärung nur zulassen wird, wenn das für volljährig zu erklärende Kind so reif ist, daß es der elterlichen Fürsorge nicht mehr bedarf.

Das Gleiche ist auch von den Bestimmungen des § 127d der R.Gew.O. zu sagen. Es handelt sich auch hier um Ausnahmebestimmungen, die eine analoge Anwendung nicht zulassen; insbesondere ist eine analoge Ausdehnung auf den Handelslehrling ausausgeschlossen. Bei ihm ist das Verhältnis zu seinem Lehrherrn nicht so eng, da er regelmäßig nicht in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen ist wie normalerweise der Gewerbelehrling; er ist nicht wie dieser nach § 127a der R.Gew.O. der väterlichen Zucht des Lehrherrn unterworfen; sein Lehrherr vertritt nicht Vaterstelle, wie es bis zu einem gewissen Grad beim Gewerbelehrherrn zutrifft. Es ist deshalb dem Handelslehrherrn nicht der dem Herausgabeanspruch des Vaters nachgebildete Anspruch auf Rückkehr des Lehrlings zuzubilligen. Es ist nicht wie Gehring[20]) sagt, daß das Gesetz dem Anspruch auf Rückkehr schlechthin jeden Lehrling unterwirft und dies als selbstverständlich voraussetzt, sondern dies gilt nur in Anbetracht des § 127a der R.Gew.O. vom Gewerbelehrling. Nur dieser ist der väterlichen Zucht des Lehrherrn unterworfen und deshalb ist eine analoge Ausdehnung des § 127d R.Gew.O. auf andere Lehrlinge unzulässig.[21])

Als ein weiterer Fall, bei dem der Herausgabeanspruch ausgeschlossen sein soll, wird teilweise § 113 BGB. angeführt, jedoch zu Unrecht. Es liegt zwar in dieser Ermächtigung eine Art partielle

[19a]) vgl. Lange S. 49f.

[20]) S 85f.

[21]) Staudinger, Anm 5c vor § 1676; Planck, Anm. 2 zu § 1632; RG. JW. 1903 Beil. S. 82; München OLG. 19, 303; Staub, Anm. 9 zu § 76.

Volljährigkeitserklärung, nicht aber ein vollständiger Verzicht auf das elterliche Fürsorgerecht und damit auf den Herausgabeanspruch.[21a]) Würde dieser ausgeschlossen sein, so wäre damit jegliches Fürsorgerecht des Gewalthabers illusorisch. Ein schulentlassener Minderjähriger könnte sich der elterlichen Zucht durch den Abschluß eines langdauernden Dienstvertrages entledigen, ohne daß ein Ersatz dafür einträte. Ebenso könnte sich der Gewalthaber auf diese Art und Weise bequem seiner Fürsorgepflicht befreien, ohne daß eine Gewähr für die Erziehung des Kindes geboten wäre. Dies kann unmöglich der Sinn des Gesetzes sein. Das Wohl des Kindes und die Pflicht und das Recht zu seiner Erziehung sind höher zu werten als die Verpflichtung aus dem Dienstvertrag. Ein Ausschluß des Herausgabeanspruchs im Fall des § 113 BGB. würde aber nicht nur unbillig sein und unserm Rechtsgefühl widersprechen, er ließe sich u. E. auch nicht mit § 888 Abs. 2 CPO. vereinbaren. In dem Herausgabeverlangen liegt zugleich ein Widerruf der Ermächtigung zum mindesten für den betreffenden Vertrag. Es ist zwar richtig, daß der vom Kind abgeschlossene Vertrag auch dem Gewalthaber gegenüber[22]) wirksam ist. Er muß ihn beachten, wie wenn er von ihm selbst abgeschlossen wäre. Dies gilt auch dann, wenn er die Ermächtigung, auf Grund derer von dem Kind der Dienst- oder Werkvertrag abgeschlossen worden ist, zurückgezogen hat. Von dem Zeitpunkt an aber, da er dies getan hat, ist im Rechtsleben nicht mehr der Wille des Kindes, sondern der des Gewalthabers maßgebend und er kann auf den Vertrag einwirken sowohl in tatsächlicher, als auch in rechtlicher Beziehung. Wie er das vom Kinde geschaffene Vertragsverhältnis durch Kündigung lösen kann, falls die Voraussetzungen dazu gegeben sind, was allgemein anerkannt ist, so muß er auch für die tatsächliche Erfüllung des Vertrages maßgebend sein. Der Gewalthaber vertritt jetzt wieder in vollem Umfang den Willen des Kindes. Dieses könnte aber im Wege der Zwangsvollstreckung zur Erfüllung der Verpflichtung nicht gezwungen werden und ebensowenig ist dies beim Vater möglich, der jetzt an Stelle des Kindes im Rechtsleben auftritt. Wollte man aber dem Dienstherrn das Recht zur Vorenthaltung des Kindes geben, so käme dies einer Zwangsvollstreckung aus dem Dienstvertrage gleich, denn in dem Herausgabeverlangen des Gewalthabers liegt seine Weigerung zur Dienstleistung; ein Recht

[21a]) vgl. Lange S. 27 f.
[22]) Wicht S. 59.

zur Verweigerung der Herausgabe des Kindes wäre aber die zwangsweise Durchführung des Vertrages. Ob sich allerdings der Vater dadurch, daß er das Kind herausverlangt, nicht schadensersatzpflichtig macht, hängt davon ab, ob er einen Grund zur Verweigerung der Dienstleistung hat. Den obligatorischen Vertrag kann er eben unter den allgemeinen Voraussetzungen anfechten. Es ist deshalb unrichtig, wenn v. Blume sagt, es würde ein unerträglicher Zustand sein, wenn der Gewalthaber die von dem Kinde abgeschlossenen Verträge auf Grund seiner elterlichen Gewalt wirkungslos machen könnte. Der Dienstherr ist durch seine Schadensersatzforderung gesichert wie bei jedem andern Dienstvertrag, der ebenfalls nicht zwangsweise durchführbar ist. Mit Rücksicht auf die persönliche Freiheit hat der Gesetzgeber diese Bedenken, die auch dort auftreten, überwunden, woraus hervorgeht, daß der Einwand von v. Blume hinfällig ist.[23])

Wir kommen somit zu dem Ergebnis, daß, wie auch die Motive[24]) schon ausführen, aus verschiedenen Gründen sich die Unverzichtbarkeit der Personenfürsorge für das Kind ergibt. Das im Familienrecht geltende Prinzip des Ausschlusses der Vertragsfreiheit ist nicht durchbrochen. Es sind deshalb sämtliche Verträge, durch welche die Eltern die elterliche Gewalt ihrer Substanz nach auf einen andern übertragen wollen, so daß sie ihres Herausgabeanspruches verlustig würden, nichtig. Dies gilt in gleicher Weise bei Verträgen mit einem Dritten, wie auch bei Verträgen, welche die Eltern unter sich abschließen, gleichgültig, ob sie geschieden sind oder nur getrennt von einander leben.[25]) Es ist zwar richtig, daß solche Verträge zwischen den Eltern, wie wir oben dargetan haben, nicht gegen die guten Sitten verstoßen, aber der andere Grund, nämlich die Unverzichtbarkeit auf die elterl. Gewalt besteht auch bei ihnen. Es ist deshalb mit der herrschenden Lehre und der Praxis des Reichsgerichts prinzipiell an der Nichtigkeit derartiger Verzichtverträge festzuhalten.[26]) Dies gilt aber nicht nur

[23]) Vgl. dazu: Gehring S. 40; Eck a. a O. S. 59, Anm. 67.
[24]) Bd IV, S 627.
[25]) DJZ. 1903 Sp. 370
[26]) Staudinger, Anm. 2 b β zu § 1632; RGR, Komm, Anm 2 zu § 1631; Planck, Anm. 2 und 5 zu § 1632; Opet-v. Blume, Anm 2 c ε zu § 1632; Dernburg S 270; Endemann S. 580; Eckard S 52; Danziger S. 14 ff.; Lebrecht S 26 ff; Enneccerus-Kipp-Wolff § 79, IV; RGE Bd 60, 266; RG. JW. 1905 S 292; 1903 Beil S 82; 1918 S 728; RG Recht 1905 Nr. 1476; 1909 Nr. 83; 1912 Nr. 600; 1919 Nr. 598; OLG. Stuttgart, Recht 1917 Nr. 232; Reichel, Recht 1914 Sp 355; Hamburg OLG. 10, 286; KGOLG 23, 413; Seuff, Arch. Bd 58, 408; 59, 71; 75, 61; 76, 61; Gruch. Beit. Bd. 50, 999; 64, 116.

für Verträge, durch welche direkt das Fürsorgerecht für die Person des Kindes auf einen andern übertragen werden soll, sondern auch in den Fällen, durch die nur indirekt das Gleiche zu erreichen gesucht wird. Ein solcher mittelbarer Verzicht auf die Fürsorge liegt z. B. vor, wenn ausbedungen wird, daß das Vormundschaftsgericht die Sorge für die Person des Kindes regeln soll.[27]) Jeder Vertrag, durch welchen in einer von der gesetzlichen Vorschrift abweichenden Weise die Fürsorge für das Kind (auch unter Ehegatten) geregelt wird, ist nichtig.[28]) Eine Ausnahme gilt nur für Verträge, die schon vor 1900 unter Ehegatten geschlossen wurden. Diese hatten Gültigkeit, sofern sie nicht gegen die guten Sitten verstießen,[29]) sie sind aber heute nicht mehr von praktischer Bedeutung.

Angesichts dieses Ergebnisses müssen wir sämtliche Versuche, die schon gemacht wurden, um eine beschränkte vertragliche Bindung zu ermöglichen, ablehnen.

Knitschky[30]) erklärt Verträge unter den Eltern für bindend. Er hält nicht, wie wir gesehen habe,[31]) an der prinzipiellen Unverzichtbarkeit auf die elterliche Gewalt fest, sondern glaubt die Zulässigkeit des Verzichts auf die elterliche Gewalt unter Ehegatten ergäbe sich aus dem gleich starken Recht beider Eltern, aus ihrer gleichmäßigen Obliegenheit zur Fürsorge für das Kind. Wenn aber das Wohl des Kindes den Widerruf des Vertrages gebiete, so soll ein solcher gestattet sein, dagegen widerspreche ein willkürlicher Widerruf Treu und Glauben. Die Hinfälligkeit dieser Argumentation ergibt sich aus dem bereits Gesagten. Auch kann das gemeine Recht nicht zur Stützung seiner Ansicht herangezogen werden. Aus dem Umstand, daß mehreren dieselbe Pflicht auferlegt ist, läßt sich nicht die Verzichtsmöglichkeit für einen der Verpflichteten ableiten. Ein Vertrag zwischen den Eltern darf deshalb nicht anders beurteilt werden als ein Vertrag zwischen einem der Erziehungsberechtigten und einem Dritten.[32])

Ein ähnlicher Versuch wie von Knitschky wurde von André[33]) und vom Oberlandesgericht Dresden[34]) gemacht. Sie beschränken

[27]) JW. 25, 2114.
[28]) Leipz Z 1914 Sp. 1361.
[29]) KGOLG 1, 278; 4, 356; JW. 1905; 321.
[30]) S. 156.
[31]) Siehe oben S. 40.
[32]) RGE. Bd. 60, 266; KGOLG. 6, 60.
[33]) S. 32.
[34]) Sächs. Archiv 07, 497 und 11, 112.

die von diesem angeführten Vertragsmöglichkeiten auf die Fälle, bei denen der Verzicht auf kürzere Zeit, etwa für ein halbes Jahr oder für die Zeitdauer eines Ehescheidungsprozesses ausbedungen wird. Auch sie berufen sich dabei auf das Erziehungsrecht der Mutter. Das Kind befinde sich nicht nur beim Vater, sondern auch bei ihr in natürlicher Hut. Es ist dies zwar richtig und es ist André auch zuzugeben, daß ein solcher Vertrag den sittlichen Anschauungen unseres Volkes nicht widerspricht, aber mit dem Wesen der elterlichen Gewalt läßt es sich, wie wir bereits dargelegt haben, nicht vereinbaren. Auch besteht kein größeres Bedürfnis für die Zulässigkeit einer derartigen beschränkten vertraglichen Bindung, als für eine vertragliche Bindung überhaupt. Wo wäre ferner die Grenze zu ziehen; für welche Zeit sollte der Vertrag für bindend erklärt werden können? Mit welchen Gesetzesbestimmungen kann eine derartige Unterscheidung gerechtfertigt werden? Für die Zeit während des Ehescheidungsprozesses kann das Gericht, bei welchem der Ehescheidungsprozeß schwebt, gemäß § 627 CPO. eine einstweilige Anordnung über den Aufenthalt des Kindes treffen, eine vertragliche Vereinbarungsmöglichkeit über den Aufenthalt des Kindes unter den Ehegatten kann daraus aber nicht gefolgert werden.[35])

Trotz der Unverzichtbarkeit der Personenfürsorge dürfen wir aber nicht sämtliche Verträge, welche die Sorge für das Kind zum Gegenstand haben, für hinfällig erklären. Es würde den tatsächlichen Bedürfnissen des Lebens schlecht entsprechen, wenn man sämtliche Vereinbarungen, auf Grund derer das Kind in einem Internat, einem Seminar, einer Privatschule oder bei einem Lehrherrn untergebracht wird, für rechtlich bedeutungslos ansehen müßte. Es können unmöglich alle diese Verträge, deren ja Tag für Tag Hunderte und Tausende betätigt werden, nichtig sein. Dem Erziehungsberechtigten muß die Möglichkeit gegeben sein, dritte Personen zur Erziehung des Kindes zuzuziehen, da er selbst meist weder die Zeit, noch die Fähigkeit hat, persönlich seiner Erziehungspflicht zu genügen. Das Gesetz erklärt auch diese Art von Verträgen nicht für ungültig, denn sie unterscheiden sich wesentlich von den oben genannten. Hier gibt der Gewalthaber seine Rechte nicht auf, sondern er behält sie und kann jederzeit die Erziehung und Ausbildung des Kindes wieder persönlich übernehmen. Nur die Ausübung der Erziehung wird übertragen, das Recht selbst nicht.[36])

---

[35]) Siehe unten S. 47 f.

[36]) KG OLG. 23, 413; André S. 27 f; Lebrecht S. 38 ff; Bd. Rpr. 27, 83

Der Dritte erwirbt hier keine eigene familienrechtliche Herrschaftsstellung gegenüber dem Kinde, sondern seine Rechte sind abgeleiteter Natur; er hat nur vom Gewalthaber die Ermächtigung erhalten, an seiner Stelle die notwendigen Erziehungshandlungen vorzunehmen, er soll ihm in der Erziehung nur behilflich sein. Seine Anordnungen über den Verbleib des Kindes trifft er deshalb nicht in eigenem Namen, sondern im Namen des Gewalthabers, wobei seine Selbständigkeit mehr oder weniger groß sein kann. Einen Anspruch auf Ueberlassung des Kindes hat er aber niemals, sondern seine Befugnisse finden ihre Grenze an dem Willen des Gewalthabers. Dieser hat ihm nur die Ermächtigung gegeben, die ihm eingeräumten Erziehungshandlungen an dem Kinde vorzunehmen, solange er in seinem Sinne handelt und solange er ihm das Kind überläßt; verlangt er aber dasselbe wieder heraus, so erlischt damit die Ermächtigung, das Kind zu erziehen und seinen Aufenthalt zu bestimmen von selbst. Sollte aber in einem Vertrag die Befugnis des Vaters, das Kind jederzeit zurückzunehmen, ausgeschlossen sein, so wäre dies eine Art von Verträgen, die wir oben für nichtig erklärt haben.[37]) Es hat Gehring[38]) nicht recht, wenn er den Vater zwar zur Herausgabe des Kindes für verpflichtet, die Verpflichtung aber nicht für vollstreckbar hält. Es liegt auch keine unvollkommene Verbindlichkeit vor. Der Vater ist zur Ueberlassung des Kindes überhaupt nicht verpflichtet, auch nicht unvollkommen.

Ein solcher Erziehungsvertrag ohne Aufgabe der elterlichen Rechte kann auch unter Ehegatten geschlossen werden. Auch kann der bei der Scheidung der Ehe für unschuldig erklärte Teil dem andern Ehegatten das Kind zur Erziehung übergeben, da diesem ja nicht wegen Gefährdung des Kindes, sondern wegen seines Verschuldens gegenüber dem andern Ehegatten die Fürsorge für das Kind entzogen wurde. Allerdings werden derartige Abmachungen unter Ehegatten, sofern sie überhaupt nicht der Vertragsnatur entbehren, meist zu den oben für nichtig erklärten Verträgen zu rechnen sein; sie sollen meist das Erziehungsrecht ihrer Substanz nach auf den anderen Ehegatten übertragen, denn die Gründe, die einen Dritten zum Abschluß eines Vertrages letzterer Art veranlassen, nämlich das für die Erziehung des Kindes ausbedungene Entgelt, werden hier meist nicht vorhanden sein.

Bei den hier in Frage stehenden Erziehungsverträgen haben wir einerseits zwischen der Ermächtigung, das Kind zu erziehen und

[37]) Recht 1909, Nr. 83.
[38]) S. 79.

dem schuldrechtlichen Vertrag andererseits zu scheiden. Wenn der Gewalthaber das Kind zu sich nimmt und dadurch eine Erziehung des Kindes durch den Dritten nicht mehr möglich ist, so erlischt nur die Befugnis zur Erziehung des Kindes; der schuldrechtliche Vertrag, mag er nun Auftrag, Werk- oder Dienstvertrag sein, bleibt dagegen bestehen. Seine Ausführung ist aber unmöglich geworden und es finden die allgemeinen Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung Anwendung, worauf hier nicht näher einzugehen ist.

Wie wir gesehen haben, ist de lege lata eine vertragliche Bindung über die Bestimmung des Aufenthalts des Kindes unmöglich. Infolge des häufigen Auftretens der Einrede des Vertrags ist aber de lege ferenda wohl zu erwägen, ob man nicht eine solche vertragliche Regelung unter Ehegatten zulassen sollte. Es wäre dies der Mutter gegenüber zweifellos nicht mehr als recht und billig. Denn meist überläßt der Vater der Mutter das Kind, solange es noch klein ist und viel persönliche Fürsorge braucht; sobald es aber älter geworden ist, hält er sich nicht mehr an den Vertrag und beruft sich auf seine Nichtigkeit. Man wird zwar in manchen Fällen, wie wir noch sehen werden, mit der Einrede des Mißbrauchs seitens der Mutter helfen können. Dies trifft aber nicht immer zu und es würde deshalb ein unter Aufsicht des Vormundschaftsgerichts abgeschlossener, bindender Vertrag über die Bestimmung des Aufenthalts des Kindes eine gerechte Lösung bringen und eine derartige Regelung würde auch dem Wohl des Kindes dienlich sein, da dadurch ein Wechsel in der Person seines Erziehungsberechtigten verhindert würde.

§ 8.

Die Einrede der mißbräuchlichen Rechtsausübung.

I. Mißbrauch gegenüber der Mutter.

Eine weiter vielfach geltend gemachte Einrede, die oft dazu benützt wird, um den Inhalt des an sich nichtigen Vertrages aufrecht zu erhalten, besteht darin, daß eingewendet wird, der Mann mißbrauche mit seinem Herausgabeverlangen sein Entscheidungsrecht.

Um nun der Ehefrau und Mutter das nach menschlichem Gefühl zustehende Recht auf Zurückbehaltung des Kindes zubilligen zu können, haben es auch verschiedene Schriftsteller[1]) versucht,

[1]) Dernburg § 74, VII; Enneccerus-Kipp-Wolff § 79, VI; Hedemann, Recht 1907 S. 98; Hilgers S. 22 f.

ihr auf der Grundlage der dem Manne auf dem Gebiete der ehelichen Gemeinschaft auferlegten Beschränkung in seinem Entscheidungsrecht zu helfen. Sie erklären die Kindererziehung zu einer das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheit und geben der Mutter bei frivoler Rechtsausübung durch den Vater auf Grund des § 1354 Abs. 2 BGB. eine Mißbrauchseinrede, kraft welcher die Mutter den Anordnungen des Vaters nicht Folge zu leisten brauche. Derselben Ansicht hat sich auch das Reichsgericht in seiner maßgebenden Entscheidung vom 26. Okt. 1903[2]) und ein großer Teil der übrigen Rechtsprechung[3]) angeschlossen. Das Reichsgericht führt in jener Entscheidung aus: Die Erziehung und Pflege der Kinder stehe dem Vater und der Mutter gemeinsam zu und gehöre zu den das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten. Der Vater habe bei Meinungsverschiedenheit die Entscheidung. Dem § 1634 BGB. sei keine Einschränkung beigefügt. Das Kind sei aber gegen etwaige Uebergriffe durch § 1666 BGB., die Mutter aber durch § 1354 Absatz 2 BGB. geschützt. Im Interesse des Kindes könne das Vormundschaftsgericht die notwendigen Anordnungen erlassen; der Frau gegenüber seien dagegen die Entscheidungen des Mannes unverbindlich, wenn sie sich als Mißbrauch seines Rechts darstellen. Als mißbräuchlich seien sie aber aufzufassen, wenn er die Anordnungen bezüglich des gemeinschaftlichen Kindes treffe, nicht um für das Kind zu sorgen, sondern um einen unberechtigten Zwang auf die Frau auszuüben, die die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft mit Grund verweigere. Nach § 1353 Abs. 2 BGB. könne es auch ohne richterliche Anordnung zu einer Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft kommen und derselbe Schutz, welcher der auf Scheidung klagenden Ehefrau gewährt werde, lasse sich auch der mit Recht die eheliche Gemeinschaft verweigernden Frau nicht versagen. Jedoch hat sich gegen diese Entscheidung des Reichsgerichts und der sich ihr anschließenden Praxis lebhafter Widerspruch erhoben.[4]) Es ist mit Recht dem Reichsgericht vorgeworfen worden, daß es zwei grundverschiedene Rechte miteinander verwechsle. Wenn der Vater

[2]) RGE. Bd 55, 419; siehe ferner RG. Recht 1904 Nr. 333; 1908, 778; RGE 69, 96; Gruch. Beitr. 51, 820 ff

[3]) RG Recht 1905 Nr. 2063; OLG. Celle: Recht 1905 Nr. 54; OLG. Hamburg: Recht 1905 Nr. 2285; OLG Colmar: Recht 1907 Nr. 3666; OLG Naumburg: Recht 1908 Nr. 3812; KG OLG. 23, 413.

[4]) Wetzel, a. a. O. S. 78 und 127; Opet-v. Blume Anm. 7 zu § 1634; Eck a. a. O. S. 127; Gimmerthaler a. a. O. S. 397; Staudinger Anm. 1 b β zu § 1634; Lebrecht S. 53; Hengsberger S. 28; Lange S. 42 ff.

das Kind herausverlangt, so macht er Rechte geltend, die ihm in seiner Eigenschaft als Vater, nicht als Ehemann gegeben sind. Die Erziehung der Kinder ist keine das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffende Angelegenheit, sondern sie betrifft nur beide Ehegatten. Eheliche Angelegenheiten können nur in der Ehe vorkommen, nicht aber auch nach Auflösung derselben. Jedoch hat auch die Witwe für ihr Kind zu sorgen und es wird hier niemand von einer das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheit sprechen. Ebensowenig dürfen wir es dann auch während bestehender Ehe tun. Dies darf jedoch nicht dazu führen, wie etwa Eck und Wetzel[5]) meinen, zu sagen, die Ehefrau könne die Mißbrauchseinrede im Herausgabeprozeß überhaupt nicht geltend machen. Andererseits trifft aber auch die andere, vom Reichsgericht[6]) angewandte Begründung, daß der Ehemann bei der von ihm getroffenen Anordnung gar nicht in Ausübung des Rechts der Sorge für die Person des Kindes handle, mithin durch § 1634 BGB. bei dem aus § 1632 BGB. erhobenen Herausgabeverlangen nicht gedeckt sein könne, nicht zu. Der Vater handelt auch in diesen Fällen innerhalb der elterlichen Gewalt.[7]) Dies geht aus § 1666 BGB. hervor, in welchem gesagt ist, daß der Vater das Recht der Sorge für die Person des Kindes mißbrauchen könne, also zwar innerhalb seiner Rechte handle, wohl aber nicht in der Art und Weise, wie er es tun soll. Es ist eine Parallele zu § 226 BGB. Auch dort handelt der Berechtigte in Ausübung seines Rechts, was aber für den speziellen Fall verboten ist, da es mißbräuchlich ist. So ist es auch hier. Erst wenn das Vormundschaftsgericht dem Vater gemäß § 1666 BGB. sein Fürsorgerecht entzogen hat, handelt er nicht mehr innerhalb der Personenfürsorge.[8])

Die richtige Begründung der Mißbrauchseinrede finden wir in der Entscheidung des Reichsgerichts vom 25. I. 1912,[9]) wenngleich es sich nicht ganz von seiner früheren Begründung lossagen konnte. Hier ist der von Endemann[10]) aufgestellte Satz, daß alle dem reinen Familienrecht angehörenden Normen ihre Schranke an den höheren sittlichen Zwecken der Familiengemeinschaft finden, zur Anerkennung gekommen. Es heißt daselbst, es könne dahinge-

---

[5]) Siehe NB. 4
[6]) JW. 1907, S 6 = Gruch Beitr. Bd 51, 820.
[7]) Staudinger, Anm 1 b β zu § 1634
[8]) Vgl. Hengsberger S. 27; Wicht S. 113.
[9]) Warn E. 1912 Nr. 172; JW. 1912, 395.
[10]) S. 7.

stellt bleiben, ob für die Begründung der Zulässigkeit des Einwands die Bestimmung des § 1354 Abs. 2 BGB. heranzuziehen sei, oder ob sich der Einwand schon aus dem das ganze Familienrecht beherrschenden Grundsatz herleiten lasse. Die hier dem Einzelnen gewährten Rechte seien keine schrankenlose, sondern sie fänden ihre Grenze in der Pflicht des Berechtigten, der bei Ausübung seines Rechtes auf die berechtigten Interessen der übrigen Familienmitglieder, hier auf die gesetzlich anerkannten Interessen der Ehefrau und Mutter in Ansehung des Kindes, die gebührende Rücksicht zu nehmen habe. Die von uns oben S. 25 bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den Eltern dem Vater auferlegte Rücksichtnahme auf die Ansicht der Frau ist ein Ausfluß dieses allgemeinen Prinzips. Nicht blinde Unterwerfung unter den Willen des Vaters fordert das Gesetz von der Mutter, sondern es verlangt bei der Entscheidung des Vaters gebührende Rücksichtnahme auf das mütterliche Erziehungsrecht. Befolgt er dies nicht, so mißbraucht er sein Entscheidungsrecht, und gegen eine solche, ihr eigenes Fürsorgerecht auch nur beeinträchtigende Entscheidung darf die Mutter, wie das Reichsgericht schon in seiner Entscheidung vom 18. Juni 1908 sagt,[11]) nicht schutzlos gelassen werde.[12]) Es ist ihr auch in diesen Fällen die Mißbrauchseinrede zu geben und nicht auf die Fälle zu beschränken, in denen der Vater die Mutter vollständig von der Personenfürsorge auszuschließen versucht.[13]) Eine derartige Einschränkung des Mißbrauchseinwands widerspräche nicht nur diesem allgemeinen im Familienrecht geltenden Grundsatz, sondern auch mit dem Wort „neben" in § 1634 BGB., das auf eine Gleichstellung der beiden Ehegatten hinweist, wäre es unvereinbar.[14])

Als eine mißbräuchliche Geltendmachung des Herausgabeanspruchs ist es z. B. anzusehen, wenn der Vater mit dem Herausgabeverlangen auf die Mutter einen Druck auszuüben versucht, um sie zur Ehescheidung zu veranlassen. Daß hier eine mißbräuchliche Rechtsausübung vorliegt, kann wohl kaum bezweifelt werden. Es ist falsch, wenn Wicht[15]) sagt, daß wenn wir in diesem Fall dem Mann eine mißbräuchliche Rechtsausübung vorwerfen, uns derselbe Vorwurf gemacht werden könnte, wenn wir

[11]) RGE 69, 96 = JW. 1908, 486.
[12]) Vgl auch RG. Recht 1908 Nr. 778, 1922 Nr. 1023 und JW. 1925, 945.
[13]) Gehring S. 96.
[14]) Staudinger, Anm. 3a zu § 1634.
[15]) S. 88.

der Frau S. 24 zur Ehescheidung geraten haben, damit sie die Sorge für die Person des Kindes erlange. Es ist hier ein wesentlicher Unterschied vorhanden. In dem einen Fall hat nämlich die Mutter ein Recht auf Ehescheidung und damit einen Anspruch auf Ueberlassung der Kinder, in dem andern Fall dagegen hat der Vater kein Recht auf Ehescheidung und er darf deshalb die Trennung der Ehe auch nicht unter Verletzung fremder Rechte mit Mitteln herbeizuführen versuchen, die ihm zu einem andern Zweck verliehen sind. Mit dem Erziehungsrecht darf er nicht willkürlich andere Zwecke verfolgen. Tut er dies, so tritt er damit in Widerspruch zum Gesetz und zur Moral. Ein weiteres Beispiel mißbräuchlicher Rechtsausübung durch den Vater liegt ferner vor, wenn derselbe mit dem Herausgabeanspruch die Mutter schädigen oder kränken will, oder wenn er überhaupt irgend welche unlauteren Zwecke damit verfolgt. In allen diesen Fällen beeinträchtigt er ihre Rechte nicht als Ehefrau, sondern als Mutter. Vielfach versucht zwar das Reichsgericht immer wieder fälschlicherweise seine Entscheidung auch auf seine frühere Begründung noch zu stützen [16]) und bringt dadurch Unklarheit in diese Frage; andererseits fehlt es aber auch nicht an Hinweisen darauf, daß §§ 1353 und 1354 BGB. nur ein Recht zum Getrenntleben gebe.[17])

Meist werden es beim Vater nicht nur unlautere Motive sein, die ihn zur Klage veranlassen werden, er wird auch beachtenswerte Gründe haben und diese wird er vorbringen und auf sie sein Herausgabeverlangen stützen. Es fragt sich nun, wird hier dann die Mutter ebenfalls mit der Mißbrauchseinrede durchdringen, wenn ihr der Beweis gelingt, daß der Vater neben den von ihm vorgebrachten Gründen auch durch die unlauteren Wünsche zur Klageerhebung bewogen wurde? Wie steht es bei dem Nebeneinander verschiedener Gründe? Das Reichsgericht sagt mit Recht: „Es genügt, wenn neben anderen Zwecken der unlautere Zweck überwiegt." [18] Wollte man in solchen Fällen den Mißbrauchseinwand nicht gelten lassen, so würde in allen Fällen die Mutter zur Herausgabe verurteilt werden müssen, da der Vater sein Herausgabeverlangen immer mit guten Gründen belegen wird, die ihm nicht zu widerlegen sind. So könnte er z. B. immer vorbringen, er wolle sein Kind sich nicht entfremden lassen oder etwas ähnliches, und die

[16]) Vgl. Opet JW. 1917, 902 und 1919, 302; Goldmann JW. 1918, 260.

[17]) RG. JW. 1917, 903; Warn E 1909, Nr. 107; 1912 Nr. 172; 1913 Nr. 298; RG. JW. 1912, 335; 1915, 1261; 1925, 945; OLG. Stuttgart Recht 1915 Nr. 57.

[18]) JW. 1915, 1261.

Frau müßte ihm dann weichen. Es wären dann aber dieselben strengen Erfordernisse aufgestellt wie in § 226 BGB. Zwar dürfte es kaum zu bezweifeln sein, daß im Familienrecht der Einwand der Schikane in gleicher Weise wie z. B. im Obligationsrecht erhoben werden kann. § 226 schränkt ihn nicht ein für eine gewisse Art von Rechten. Allen Rechten, die das BGB. verleiht, kann § 226 entgegengehalten werden, falls die Voraussetzungen hiefür gegeben sind.[19]) Jedoch müssen wir im Familienrecht darüber hinausgehen, da diese Rechte nicht nur eigennütziger, sondern auch fremdnütziger Natur sind. Sie sind dem Berechtigten zum Zweck der Durchführung seiner ethischen Pflichten gegenüber den andern Beteiligten gegeben. Ein sittlicher Zweck kann aber nicht erreicht werden, wenn die unsittliche Seite der Handlung überwiegt; es wird dann vom Vater nicht mehr die notwendige Rücksicht genommen, weshalb wegen mißbräuchlicher Rechtsausübung die Klage abzuweisen ist.[20])

Einer besonderen Erörterung bedarf die Frage, ob der Herausgabeanspruch dem Vater gegenüber der Mutter zu versagen sei, wenn das Kind sich noch in zartem Lebensalter befindet. Goldmann führt u. a.[21]) aus: Der natürliche Zusammenhang zwischen Mutter und Kind sei in den ersten Jahren so stark und innig, daß die Wegnahme des Kindes ohne zwingenden Grund eine schwere Verletzung der Rechte bedeute, die das Gesetz der Mutter verliehen habe. Es möge zwar sein, daß die Wohlfahrt des Kindes durch seine Trennung von der Mutter im einzelnen Fall nicht leide, aber für die Mutter selbst bedeute die Trennung unter normalen Verhältnissen eine Entziehung von Rechten und Pflichten, wie sie kränkender kaum gedacht werden könne. Die Wegnahme eines ganz jungen Kindes von der Mutter enthalte daher einen Mißbrauch des Bestimmungsrechtes gegenüber der Mutter, vorausgesetzt, daß sie zum Getrenntleben berechtigt sei. Noch etwas weiter geht das Oberlandesgericht Hamburg.[22]) Es sagt, daß ein Kind im zarten Lebensalter von sechs Jahren zur Mutter gehöre und von dieser am besten betreut werde, sei in der Natur der Dinge begründet und sie sei deshalb in erster Linie zur Erziehung berechtigt. Auch das

[19]) Gehring S. 89; Hengsberger S. 26; Staudinger, Anm. 1 b; zu § 1634; Warn E. 1918 Nr. 12; 1920 Nr. 17 und 47; RG JW. 1907, 6; 1915, 1261; München OLG. 18, 279; A. A. Danziger S. 39.

[20]) Warn E. 1917 Nr. 251; 1912 Nr. 172.

[21]) JW. 1918, 260.

[22]) OLG. 32, 15.

Reichsgericht stand diesem Gedanken schon nahe.[23]) Es mag auch zugegeben werden, daß in jungen Jahren der Zusammenhang des Kindes mit seiner Mutter stärker ist als mit seinem Vater und daß deshalb die Mutter einen Verlust des Kindes schwerer ertragen wird als der Vater.[24]) Dies berechtigt jedoch nicht, die Mutter als besser berechtigt zur Erziehung des Kindes anzusehen als den Vater. Auch im zarten Lebensalter des Kindes stehen Mutter und Vater nach dem Gesetz gleichberechtigt nebeneinander und bei Meinungsverschiedenheit hat der Vater das Recht zur Entscheidung. Wäre dem nicht so, so bedürfte es einer besonderen Ausnahmebestimmung, die aber nicht vorhanden ist. Es verbleibt somit bei der normalen Regelung. Im praktischen Ergebnis kommen wir aber Goldmann insofern sehr nahe, als hier vielfach überwiegend unlautere Gründe im Vater das Herausgabeverlangen wecken werden. Die Wegnahme eines ganz jungen Kindes von der Mutter wird daher, wenn auch nicht in jedem Falle schlechthin, so doch in vielen Fällen eine mißbräuchliche Ausübung des väterlichen Entscheidungsrechtes darstellen. Noch häufiger aber wird die Rechtsausübung dem Kinde gegenüber mißbräuchlich sein und es ist dann die Pflicht des Vormundschaftsgerichts, die notwendigen Anordnungen zu treffen.[25])

Die Einrede der mangelnden Rücksichtnahme auf ihre Rechte kann die Ehefrau aber nur geltend machen, wenn sie zur Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft berechtigt ist. Ist dies nicht der Fall, so ist sie selbst daran schuld, wenn sie an der Erziehung des Kindes ausgeschlossen ist. Würde sie nicht dem Gesetz zuwiderhandeln, sondern den vom Ehemann verlangten Zustand herstellen, so könnte sie an der Kindererziehung in der häuslichen Gemeinschaft mit ihrem Mann teilnehmen. Das Gesetz hat keine Veranlassung, den von ihm verbotenen Zustand auch noch zu schützen und damit dem andern unschuldigen Ehegatten ein Unrecht anzutun, um damit ein Unrecht, das der andere Teil sich gleichsam selbst zufügt, zu beseitigen.[26]) Ist die Ehe geschieden, so kommt die Mißbrauchseinrede normalerweise nicht mehr in Frage, da die Fürsorge für das Kind nicht mehr unter den

---

[23]) Recht 1908 Nr. 778.

[24]) Vgl. RG. JW. 1917, 902 und die Anm. von Opet daselbst; Wicht S 84 ff.

[25]) Knitschky S. 156; Staudinger, Anm. 1 b β zu § 1634; André S. 23 f; RG. JW. 1903, Beil. S. 82; 1917, 992; Grimmerthal a. a. O. S. 395; Wetzel a. a. O. S. 78 und 127.

[26]) RG. Recht 1912 Nr. 1023; JW. 1915, 1261; OLG. Stuttgart, Recht 1917 Nr. 641; vgl. auch OLG. Naumburg, Recht 1908 Nr. 3812.

beiden Ehegatten geteilt ist. Sollte aber der erziehungsberechtigte Elternteil zur Erziehung des Kindes nicht in der Lage sein, so tritt nach dem oben S. 21 ff. Gesagten der andere Elternteil wieder insoweit in seine Rechte ein, als dessen Verhinderung reicht und gegen eine Unterbringung des Kindes bei einem Dritten kann er die Mißbrauchseinrede geltend machen.[27])

II. Mißbrauch gegenüber dem Kind.

Nahe verwandt mit dem eben besprochenen Einwand ist das Vorbringen, der Vater mißbrauche seine elterliche Gewalt; es liege zwar nicht der Mutter, wohl aber dem Kinde gegenüber ein Mißbrauch seiner Rechte vor; das Herausgabeverlangen sei dem Kinde nachteilig, es werde sein Wohl dadurch gefährdet. Es fragt sich hier, kann dieser Einwand ebenfalls vom Prozeßgericht berücksichtigt werden oder ist es ausschließlich Sache des Vormundschaftsgerichts über diesen Punkt zu entscheiden. Die herrschende Ansicht lehnt die Zuständigkeit des Prozeßgerichts ab. Das Reichsgericht[28]) betont mit Recht, das Vormundschaftsgericht habe, falls das geistige oder leibliche Wohl des Kindes dadurch gefährdet werde, daß der Vater das Recht der Sorge für die Person des Kindes mißbrauche, das Kind vernachlässige oder sich eines ehrlosen oder unsittlichen Verhaltens schuldig mache, die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Anordnungen zu treffen. Nur das Vormundschaftsgericht, nicht aber das Prozeßgericht, sei hiernach für die Entscheidung zuständig, ob im einzelnen Fall der Vater sich eines Mißbrauchs der elterlichen Gewalt schuldig gemacht habe und welche Maßregeln zur Abwendung der dadurch begründeten Gefährdung des geistigen und leiblichen Wohles des Kindes zu ergreifen seien. Der gesetzgeberische Grund für die ausschließliche Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts sei der vormundschaftliche Charakter der elterlichen Gewalt und das Bestreben, langdauernde und gehässige, den Familienfrieden störende Prozesse zu vermeiden. Aus der ausschließlichen Zuständigkeit des Vormundschaftgerichts folge dann aber, daß die elterliche Gewalt des Vaters uneingeschränkt fortbestehe, solange sie nicht von dem Vormundschaftsgericht eingeschränkt worden sei. An diesem Grundsatz hat das Reichsgericht auch in seinen neueren Entscheidungen festgehalten und wiederholt zum Ausdruck gebracht, daß in dem

[27]) Vgl. KG OLG. 23, 413.
[28]) JW. 1903 Beil. S. 83.

wegen Herausgabe des Kindes anhängigen Prozeß für einen derartigen Einwand kein Raum sei.[29])

Die Unmöglichkeit der Berücksichtigung eines derartigen Vorbringens ergibt sich u. E. hauptsächlich aus der Varhandlungsmaxime im Zivilprozeß. Nur insoweit, als die Tatsachen von den Parteien vorgebracht und bewiesen sind, hat sie das Prozeßgericht zu berücksichtigen. Es handelt sich hier um ein Recht des Kindes, das dieses, bezw. sein Vertreter vorzubringen hat. Die Mutter kann es aber nicht geltend machen, da sie nicht zur Vertretung des Kindes berechtigt ist; dazu ist nur der Vater als der gesetzliche Vertreter befugt. Ein derartiges Vorbringen der Mutter ist also nicht zu berücksichtigen, es gilt als nicht vorgebracht. Beim Herausgabeprozeß wird, wie in jedem Zivilprozeß um das Recht der beiden streitenden Parteien, nicht aber um das Recht des Prozeßgegenstandes gestritten. Daß dieser zugleich auch Träger von Rechten ist, ist das eigentümliche an diesem Prozeß. Wenn nun der zur Wahrung der Rechte des Streitgegenstandes berufene Vertreter versagt, ja sogar selbst die Rechte seines Schützlings verletzt, dann tritt das Vormundschaftsgericht ein. Bei ihm sind die Grundlagen für seine Anordnungen nicht von den Parteien zu beschaffen und es bedarf hier das Kind deshalb keines Vertreters, der seine Rechte geltend macht. Das Vormundschaftsgericht hat von Amts wegen die notwendigen Ermittlungen anzustellen und dann die erforderlichen Maßregeln zu treffen, die wir oben S. 28 f. kennen gelernt haben. Durch dieses Prinzip der materiellen Wahrheit ist die Gefahr, daß durch Zugrundelegung falscher Tatsachen das Wohl des Kindes beeinträchtigt werde, weniger groß. Es ist überhaupt, was schon bei der zweiten Lesung des Entwurfs[30]) zum Ausdruck kam, der Civilprozeß, der vermöge seines auf die streitige Gerichtsbarkeit berechneten Apparates für die vorliegenden Fragen viel zu schwerfällig ist, zur Entscheidung einer derartigen Frage ungeeignet. Es sind deshalb Literatur und Rechtsprechung überwiegend der Ansicht, daß die Zuständigkeit des Prozeßgerichts zu verneinen sei.[31])

---

[29]) RG. JW. 1907, 6; 1915, 1261; 1917, 903; RG. Recht 1912 Nr. 1022; Warn E. 1903 Nr. 298; 1917, Nr. 251; Leipzig Z. 1919, 698 Nr. 10.

[30]) S. 6.9 f.

[31]) Vgl.: Staudinger, Anm 2 b β zu § 1632; Planck, Anm. 3 zu § 1634; Endemann § 199, 4 b und Anm. 54; Goldmann-Lilienthal S. 265 Anm. 59; Enneccerus-Kipp-Wolff § 79 VI; Josef in ZZ. Bd. 35, 536; KGOLG. 6, 58; OLG. Naumburg, Recht 1908 Nr. 3813; OLG. Jena, Recht 1905 Nr. 53; Colmar OLG. 16; 225, Posen OLG. 21, 256; Lange S. 41 f.

v. Blume [32]) wendet ein, der Anspruch aus § 1632 BGB. diene lediglich zur Verwirklichung der elterlichen Gewalt. Diese sei aber kein eigennütziges Elternrecht, sondern sie finde ihr Ziel und ihre Schranke im Wohl des Kindes; jedes aktive Verhalten der Eltern gegenüber dem Kinde, das nicht das Wohl des Kindes bezwecke, sei Mißbrauch der elterlichen Gewalt.[33]) Es ist ihm zuzugeben, daß jede Verletzung des Wohles des Kindes ein Mißbrauch der elterlichen Rechte ist, aber aus der oben dargelegten Unmöglichkeit des Vorbringens dieses Einwands ergibt sich die Nichtigkeit einer derartigen Begründung. v. Blume selbst weist an einer andern Stelle [34]) die Entscheidung derartiger Fragen dem Vormundschaftsgericht zu, indem er sagt: „Es handelt sich nicht wie bei der Unterhaltspflicht um ein familienrechtliches Schuldverhältnis, sondern um ein Gewaltverhältnis, dem der Rechtsschutz in der Form des staatlichen Aufsichtsrechts und im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuteil wird."

Wenn nun die Mutter in dem Herausgabeprozeß trotz offenbarer Schädigung des Kindes durch den Vater „dem Prozeßrichter nicht die ‚Widerrechtlichkeit' des männlichen Verlangens dartun kann",[35]) wenigstens nicht mit der Wirkung, daß es als Mißbrauch dem Kinde gegenüber in diesem Prozeß zu berücksichtigen wäre, so kann sie die Interessen des Kindes doch mittelbar durch Wahrnehmung ihrer eigenen Rechte schützen, da ihr Recht mit dem Wohl des Kindes in engstem Zusammenhang steht. Mißbraucht nämlich der Vater bei seinem Herausgabeverlangen die elterliche Gewalt, so mißbraucht er zugleich auch, wie Wicht [36]) richtig bemerkt, sein Entscheidungsrecht nach § 1634 BGB. Wie wir gesehen haben,[37]) steht dem Vater das Entscheidungsrecht nur dann zu, wenn seine Maßnahmen mindestens ebenso gut dem Wohle des Kindes dienen, wie die der Mutter. Dies ist hier aber nicht zutreffend, weshalb dann durch seine Entscheidung die Rechte der Mutter zu Unrecht beeinträchtigt werden. Eine derartige Beeinträchtigung braucht sich die Mutter nicht gefallen zu lassen und sie kann deshalb durch den Einwand, ihre Rechte seien verletzt, auch die Rechte des Kindes schützen.

[32]) Opet-v. Blume, Anm. 2 c ε zu § 1632.
[33]) Aehnl Eck a. a. O. S. 57; André S. 31.
[34]) Opet-v. Blume, Anm. 8 zu § 1631.
[35]) Hedemann, Recht 1907 S. 96.
[36]) S. 119 f.
[37]) S. 25 f und. S. 50.

§ 9.

Weitere in Betracht kommende Einreden.

Außer den bereits behandelten Einreden seien noch folgende, allerdings weniger bedeutende Einreden erwähnt:

I. Die Einrede des Ehemannes aus § 1633 BGB.

Da die Frau schon mit 16 Jahren, solange sie also noch unter elterlicher Gewalt steht, heiraten kann und das BGB. im Gegensatz zu früheren Partikularrechten den Satz: „Heirat macht mündig" nicht aufgenommen hat, so ließ es wenigstens die tatsächliche Personenfürsorge mit der Verheiratung in Wegfall kommen. Damit wollte es verhindern, daß der Gewalthaber mit seinen Maßnahmen in die junge Ehe sich einmische. Seine Erziehungs- und Fürsorgemaßregeln würden jetzt, nachdem seine Tochter einem andern Hausstand eingegliedert ist und in diesem eine ganz andere Stellung einimmt, sich anders auswirken, als wenn sie noch ihrem alten Hausstande angehörte. Das Verhältnis der Ehegatten zueinander[1]) fordert, insbesondere mit Rücksicht auf den Ehemann,[2]) die Beseitigung eines etwaigen Erziehungsrechtes der Ehefrau durch einen Dritten, weshalb die Personenfürsorge für dieselbe durch den Gewalthaber auf die Vertretung beschränkt wurde. Die verheiratete Tochter ist auch der tatsächlichen elterlichen Fürsorge nicht mehr bedürftig. Zwar gehen diese Rechte und Pflichten des Vaters oder des sonst zur Erziehung Berechtigten nicht auf den Ehemann über, aber die ehemännliche Fürsorge stellt einen Ersatz dar für die elterliche Fürsorge, wenn sie inhaltlich auch von ihr verschieden ist. § 1354 BGB. gibt dem Ehemann nur ein Recht zur Entscheidung in den gemeinschaftlichen ehelichen Angelegenheiten, nicht aber ein Erziehungsrecht der Frau. Seine Rechte sind nicht größer, als wenn er eine volljährige Frau geheiratet hätte. Zwischen Ehemann und Ehefrau gilt nicht Eltern- und Kindesrecht, sondern Eherecht.[3])

Diese Einschränkung in der elterlichen Personenfürsorge beschränkt sich aber auf die Zeit, für welche die Tochter verheiratet ist. § 1633 BGB. sagt: „Ist die Tochter verheiratet...." Damit

---

[1]) Wicht S. 16.

[2]) Staudinger, Anm. 4 zu § 1633.

[3]) Staudinger, Anm. 1 b α zu § 1633; Planck, Anm. 1 zu § 1633; Opet-v. Blume, Anm. 3 zu § 1633; vgl. auch Endemann S. 800, 3a, S. 391, Anm. 3; Crome § 606 III, 2 Anm. 28; Spahn S. 91.

setzt er eine gültig bestehende Ehe voraus. Ist die Ehe, sei es durch Tod oder Scheidung, wieder aufgelöst, ist also die Tochter nicht mehr verheiratet, so lebt die tatsächliche Personenfürsorge wieder auf.[4]) Dieses Wiederaufleben des tatsächlichen Personenfürsorgerechts setzt aber voraus, daß es während der Ehe nicht in Wegfall gekommen ist;[5]) es ist bedingt von einem Weiterbestehen des betreffenden Rechts, das während der in Frage stehenden Zeit nur ruht. Es ist kein Anhaltspunkt da, um einen vollständigen Wegfall des tatsächlichen Fürsorgerechts zu rechtfertigen. Damit ist auch der Einwand von v. Blume,[6]) daß der Wiedererwerb des Fürsorgerechts des Vaters nur dann eintreten könnte, wenn es zunächst auf den Ehemann überginge, hinfällig. Mit dem Wegfall des Beschränkungsgrundes kann der Erziehungsberechtigte sein Recht wieder im vollen Umfang ausüben. Von einer unnötigen Härte der Tochter gegenüber kann dabei keine Rede sein. Soll die Tochter, weil sie vielleicht ein Jahr verheiratet war, in ihrer Entwicklung um so viel schneller vorangekommen sein, sodaß sie jetzt der väterlichen Fürsorge nicht mehr bedürfte? Während der Ehe hatte sie einen Halt und eine Stütze an ihrem Ehemann, dessen Schutz und Fürsorge an die Stelle der elterlichen Fürsorge trat. Nach Auflösung der Ehe trifft dies nicht mehr zu. Die Witwe, die jetzt wieder allein steht, bedarf der elterlichen Fürsorge wieder in gleicher Weise wie zuvor. Es ist deshalb nicht einzusehen, weshalb nicht dem Wortlaut des Gesetzes entsprechend die elterliche Fürsorge wieder eintreten sollte. Allerdings werden der stark veränderten Umstände halber die Voraussetzungen für ein Eingreifen des Vormundschaftsgerichts nach § 1666 BGB. viel eher vorliegen, als wenn die Tochter nicht verheiratet gewesen wäre, so daß in Wirklichkeit von der Einschränkung der elterlichen Rechte etwas zurückbleibt.[7]) Es sei hier auch erwähnt, daß die minderjährige Witwe sich der Fürsorge vollständig entledigen kann, indem sie sich für volljährig erklären läßt. Es ist bei ihr nicht mehr die Einwilligung des Gewalthabers erforderlich, was immerhin darauf hinweist, daß die Stellung der Tochter diesem gegenüber durch den Abschluß der Ehe eine wesentliche Wandlung erfahren hat.

[4]) Staudinger, Anm. 3 zu § 1633; Planck, Anm. 4 zu § 1633; Goldmann-Lilienthal S. 264; Opet S. 192; RGR. Komm., Anm. zu § 1633.
[5]) Staudinger, Anm. 1 b α zu § 1633.
[6]) Opet-v. Blume, Anm. 5 zu § 1633.
[7]) Wicht S. 12.

II. Die Einrede aus § 273 BGB.

Unzulässig ist die Einrede des Zurückbehaltungsrechts wegen Ersatzansprüche gegen den Gewalthaber. Der Vorstand eines Pensionats kann z. B. dem Vater das Kind nicht vorenthalten, um ihn zur Bezahlung der bereits fälligen Pension oder zur Begleichung des vom Kinde verursachten Schadens zu veranlassen. Dies ist anerkannten Rechtens. § 273 BGB. bezieht sich nur auf Sachen. Das Kind ist kein Gegenstand i. S. des § 273 BGB.[8]) Auch eine analoge Anwendung ist nicht zulässig. Dem § 273 BGB. liegt der Gedanke der Aufrechnung zu Grunde. Es ist deshalb die erste Voraussetzung für seine Anwendung, daß es sich um Ansprüche handelt, die ihrer Natur nach aufrechenbar sind. Dies trifft aber bei den familienrechtlichen Ansprüchen nicht zu, insbesondere nicht gegenüber vermögensrechtlichen Ansprüchen. Familienrechte können nicht mit Vermögensrechten verglichen werden.[9])

III. Die Einrede der Verjährung.

Ebenso wie die Retentionseinrede ausgeschlossen ist, kann auch die Einrede der Verjährung nicht geltend gemacht werden. Nach § 194 BGB. ist ein Anspruch aus einem familienrechtlichen Verhältnis der Verjährung nicht unterworfen, soweit er auf die Herstellung des dem Verhältnis entsprechenden Zustandes für die Zukunft gerichtet ist. Ein derartiger Anspruch liegt hier vor. Es soll ein Verhältnis geschaffen werden, das dem Gewalthaber die Ausübung der Personenfürsorge ermöglicht. Ganz davon abgesehen kommt aber die Verjährungseinrede normalerweise hier praktisch gar nicht in Frage, da diese nach 30 Jahren eintreten würde, das Kind aber nur bis zu seiner Volljährigkeit, also bis zur Vollendung seines 21. Lebensjahres herausverlangt werden kann, sofern es nicht auch nach diesem Zeitpunkt beschränkt geschäftsfähig oder geschäftsunfähig ist und deshalb einen Vormund oder Pfleger erhalten hat.[10])

IV. Einreden kraft öffentlichrechtlicher Bestimmungen.

Andere, die Widerrechtlichkeit der Vorenthaltung ausschliessende Einreden können auf öffentlichem Rechte beruhen. Dies ist

[8]) Gehring S. 90; Eck a. a. O. S. 59; Knitschky S. 161

[9]) Kohler § 94, IX, 3; Goldmann-Lilienthal, § 38 Anm. 39; Staudinger, Anm. 2 b β zu § 1632; Enneccerus-Kipp-Wolff S. 307; Planck, Vorentw. S. 1442 f; Wicht S. 19 ff; Hilgers S. 25; Hamburg OLG. 8, 430; OLG. Jena, DJZ. 1914, Sp. 447.

[10]) Staudinger, Anm. 5 zu § 1632; Wicht S. 21.

z. B. der Fall, wenn das Kind zwecks Erfüllung einer öffentlichen Pflicht, wie der Schulpflicht oder früher der Militärpflicht vorenthalten wird, oder wenn das Vormundschaftsgericht gem. § 1666 BGB., §§ 63ff. und 76 JWG. oder das Prozeßgericht gemäß §§627 oder 656 CPO. die Unterbringung des Kindes bei einem Dritten anordnet. Bereits schon erwähnt wurde die Vorenthaltung auf Grund des § 127d der R.Gew.O. Weiter wäre zu nennen die Unterbringung in einem Gefängnis zum Zwecke der Verbüßung einer Strafe oder Vollziehung eines Haftbefehls; ebenso verhält es sich auch bei einer Verbringung in eine Heilanstalt aus hygienischen Gründen. In allen diesen Fällen muß das Recht auf Herausgabe des Kindes zurücktreten, um dem stärkeren öffentlichen Recht Platz zu machen.[11])

IV. Abschnitt.

§ 10.

Inhalt des Herausgabeanspruches.

In engem Zusammenhang mit dem Begriff der Vorenthaltung des Kindes steht der Begriff der Herausgabe desselben. Durch die Herausgabe soll die Beeinträchtigung des Fürsorgerechts, die Vorenthaltung des Kindes aufgehoben werden; sie stellt die Beendigung des widerrechtlichen Zustandes dar und ist deshalb der Vorenthaltung entsprechend zu gestalten.

Die herrschende Lehre ist nun der Ansicht, daß der Herausgabeverpflichtete seine Aufgabe erfüllt habe, wenn er den Kläger von Ort und Zeit der Herausgabe in Kenntnis setzt und sodann eine Lage schafft, durch die dem Kläger die Wegnahme des Kindes auch tatsächlich und ohne Erschwerung möglich ist.[1]) Der Beklagte muß also dem Kläger nur die Wegnahme des Kindes gestatten und ermöglichen; die Abholung desselben fällt aber dem Gewalthaber anheim.[2]) Die Grundsätze über Forderungen gelten nämlich analog auch für Ansprüche aus absoluten Rechten[3]) und es hat deshalb der Anspruchsgegner, sofern nicht ein anderer Leistungsort bestimmt ist, an seinem Wohnort zu leisten. Im vor-

[11]) Staudinger, Anm. 2b β zu § 1632; RGR. Komm., Anm. 1 zu § 1632; Soergel, Anm zu § 1632; Opet-v. Blume, Anm. 2c β und γ zu § 1632; Planck, Anm. 2 zu § 1632.

[1]) Karlsruhe OLG. 11, 292.

[2]) Recht 1915 Nr. 1354; Stuttgart OLG. 23, 412; Goldmann-Lilienthal, S. 263 Anm 42; Soergel, Anm. zu § 1632.

[3]) Motive Bd. II S. 4, Bd. III S. 398f und 408f.

liegenden Fall finden wir darüber keine abweichende Regelung. Das Wort „Herausgabe" enthält nichts über den Ort, an welchem das Kind dem Gewalthaber zu überlassen ist und es verbleibt deshalb bei den allgemeinen Bestimmungen des § 269 BGB. Aus dem Familienrecht kann somit ein Recht auf Ueberbringung nicht hergeleitet werden. Jn der Vorenthaltung des Kindes liegt aber zugleich auch eine unerlaubte Handlung. Durch sie wird schuldhafterweise zu Unrecht das Erziehungsrecht des Gewalthabers beeinträchtigt, das wie jedes andere absolute Recht zu den sonstigen Rechten i. S. des § 823 Abs. 1 BGB. gehört. Vielfach wird auch ein Schutzgesetz, z. B. § 235 St.G.B. verletzt sein, sodaß auch § 823 Abs. 2 BGB. in Betracht kommt. Danach hat der Beklagte nicht nur mit der Fortsetzung seines widerrechtlichen Handelns aufzuhören, sondern er hat weiter den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, §§ 823, 249 BGB. Es hat deshalb der Dritte, der das Kind wegführte, dasselbe wieder an den Ort zurückzuführen, von welchem er es entführte; hat er durch Einreden auf das Kind, z. B. durch Verächtlichmachung des Gewalthabers in dessen Rechte eingegriffen, sodaß das Kind infolge der in ihm hervorgerufenen Abneigung aus freien Stücken den Aufenthalt bei ihm nimmt, so hat er den schädlichen Einfluß wieder zu beseitigen und das Kind wieder zum Gewalthaber zurückzuschicken.[4]) Diesen weitgehenden Anspruch hat aber der Gewalthaber innerhalb drei Jahren, nachdem er von der Beeinträchtigung seines Rechtes Kenntnis erlangt hat, geltend zu machen, § 852 BGB., widrigenfalls Verjährung eintritt. Bestätigt wird dieses Ergebnis, wenn wir zum Vergleich das Sachenrecht heranziehen. Bei der Herausgabe von Sachen gem. § 985 BGB. ist es allgemein anerkannt, daß der Eigentümer die Sache abzuholen hat und nur, wenn unerlaubte Handlung vorliegt oder ein anderes Schuldverhältnis, kraft dessen der Dritte zur Ueberbringung verpflichtet ist — sowohl § 536 BGB., als auch § 604 BGB spricht nicht von einem H e r a u s geben, sondern von einem Z u r ü c k geben — die Zurückbringung der Sache verlangen kann.[5])

---

[4]) Warn E. 1917, S. 397; Leipz. Z. 1918, 323; Seuff. Arch. Bd. 78, 231.

[5]) Goldmann-Lilienthal S. 262f; RG. JW. 1913, 202; KG. und v. Blume JW. 1925, 377; Leipz. Z. 1918, 323; Hengsberger S. 28 ff.; KG. DJZ. 1924, Sp. 556; dagegen, jedoch nicht mit überzeugenden Gründen Friedemann-Braun DJZ 1924, Sp. 729; vgl. auch Enneccerus-Kipp-Wolff § 79, Anm. 14 und Kohler S. 420, VII.

Sind mehrere Anspruchsberechtigte vorhanden, von denen jeder zur Klageerhebung aktiv legimitiert ist, so darf derjenige, welcher den Anspruch geltend macht, nicht Herausgabe an sich allein, sondern nach § 432 BGB. nur Leistung an alle verlangen.[6]) Mit Unrecht sagt Hengsberger,[7]) daß die Herausgabe nur an den zu erfolgen habe, der als Kläger aufgetreten sei. Der Umstand, daß jeder kraft eigenen Rechts klagen kann, schließt die Anwendbarkeit des § 432 BGB. nicht aus; § 432 BGB. geht vielmehr davon aus, daß jeder infolge seines eigenen selbständigen Rechtes das Ganze zu fordern berechtigt ist, die Leistung des Schuldners aber infolge ihrer Unteilbarkeit nicht gleichmäßig auf die einzelnen Berechtigten verteilt werden kann und deshalb die ganze Leistung an alle gemeinsam gehen muß.[8]) Wollte man die Leistung nur an einen zulassen, so käme man zu einer Gesamtforderung. § 432 BGB. geht aber davon aus, daß dies die Ausnahme bilden soll, da es leicht zu einer Gefährdung eines Gläubigers führen kann. Für die Begründung einer solchen Ausnahme ist aber kein Anhaltspunkt gegeben; es kann auch nicht der Umstand, daß bei Meinungsverschiedenheiten unter den Erziehungsberechtigten einer zur Entscheidung berechtigt ist, hierfür angeführt werden. Es muß deshalb der Klaganspruch auf Leistung an alle Berechtigte gerichtet sein. Diese können aber ihre Rechte auch zusammen klagend geltend machen, indem sie als Streitgenossen auftreten, § 59 CPO.

V. Abschnitt.

Die Geltendmachung des Herausgabeanspruchs.

§ 11.

Zuständigkeit für den Herausgabeanspruch; Verhältnis von Anordnungen des Vormundschaftsgerichts und des Prozeßgerichts; die einzelnen Klag- und Prozeßarten.

Der Anspruch auf Herausgabe des Kindes ist, wovon wir bisher ausgegangen sind, vor dem Prozeßgericht im Wege der

[6]) Opet-v. Blume, Anm. 2a zu § 1632.
[7]) S. 28 ff.
[8]) Soergel, Anm. 1 zu § 432; RGR. Komm. Anm. 2 zu § 432; Planck, Anm. 1 zu § 432; Enneccerus-Kipp-Wolff Bd. 1 2, § 319.

Klage geltend zu machen.[1]) Wie wir bereits gesehen haben, sind daselbst Einwendungen aus dem Interesse des Kindes unzulässig, sie sind vor dem Vormundschaftsgericht vorzubringen. Wie dieses dazu berufen ist, die Interessen des Kindes zu schützen und zu wahren und von Amts wegen die notwendigen Anordnungen zu erlassen, so ist es andererseits Aufgabe des Prozeßgerichtes, auf Verlangen der Eltern darüber zu entscheiden, wem das Recht zur Erziehung zusteht, wie es auch über jedes andere Privatrecht zu befinden hat. Ueber das Recht des Kindes entscheidet es dagegen nicht; mit dessen Interessen hat der Prozeß aus § 1632 BGB. nichts zu tun.[2]) Das Schutzverfahren liegt dem Vormundschaftsgericht, das Entscheidungsverfahren dagegen dem Prozeßgericht ob.[3]) Dabei trägt die Prozeßart vor dem Prozeßgericht nicht etwa einen inquisitorischen Charakter, wie es bei Ehesachen und beim vormundschaftsgerichtlichen Verfahren zutrifft, sondern der Anspruch wird im gewöhnlichen Prozeß nach den Regeln der Verhandlungsmaxime geltend gemacht. Die herrschende Lehre[4]) geht dabei davon aus, daß der Gewalthaber, der sein Kind herausverlangt, unbeschränkt geschäftsfähig sein müsse, widrigenfalls sein gesetzlicher Vertreter für ihn vor Gericht aufzutreten habe, während Planck[5]) der Ansicht ist, daß § 612 CPO. analog anzuwenden sei. U. E. verdient

[1]) Dem Gewalthaber stehen natürlich auch die allgemeinen Selbsthilfemittel zur Verfügung. Gegen eine Beeinträchtigung seiner elterlichen Gewalt hat er in gleicher Weise wie gegen jede andere Rechtsverletzung das Recht der Notwehr, § 227 BGB. und der Selbsthilfe, § 229 BGB. Außerdem sei hier auch noch der in §§ 235—238 StGB. gewährte strafrechtliche Schutz erwähnt. § 235 StGB. bedroht jeden, der das Kind, sei es durch List, Drohung oder Gewalt den Eltern entführt, mit Gefängnis und wenn die Entführung in der Absicht geschah, das Kind zum Betteln oder zu gewinnsüchtigen oder unsittlichen Zwecken oder Beschäftigungen zu gebrauchen, mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren. Die §§ 236 ff. StGB. sollen die weibliche Geschlechtsehre schützen und der Gewalthaber ist gegen eine Entführung der Tochter insofern besonders geschützt, als auf seinen Antrag gem. § 237 StGB. der Entführer auch dann bestraft wird, wenn die Tochter einverstanden war, sofern die Entführung deswegen geschah, um die Tochter zur Unzucht oder zur Ehe zu bringen (vgl. auch Art. 42 des bayr. Polizeistrafgesetzbuches).

[2]) Vgl. oben S. 54 ff.

[3]) Staudinger, Anm. 3 zu § 1632, und 1 b γ zu § 1635; Planck, Anm. 7 zu § 1632; Soergel, Anm. zu § 1632; RGR. Komm., Anm. 1 zu § 1632; Recht 1908, Nr. 1817; Josef ZZ. 530 ff.; Friedemann-Braun, DJZ. 1911 S. 1126; RJA. Bd. 5, 23 f; Dernburg § 74, IV; KG OLG. 2, 452; 6, 58; 26, 282; KG. und Colmar OLG. 16, 225; 8, 350

[4]) Staudinger, Anm. 3 zu § 1632; Goldmann-Lilienthal S. 263 Anm. 45, Hamburg OLG. 21, 276, Hengsberger S. 45; Gerhardt S. 41 ff; vgl. auch Lange S. 20 f.

[5]) Anm. 1 zu § 1632.

die Ansicht von Planck den Vorzug. Mit Recht sagt er, daß es mit dem Wesen der elterlichen Gewalt nicht vereinbar wäre, wenn der gesetzliche Vertreter beim Herausgabeprozeß mitzuwirken hätte. Der höchstpersönliche Charakter, der den Gesetzgeber veranlaßt hat, in Ehesachen auch beschränkt geschäftsfähige Personen für prozeßfähig zu erklären, ist hier in gleichem Maße vorhanden wie dort. Die Personenfürsorge ist, wie wir gesehen haben, an die Person des Gewalthabers gebunden; wenn wir aber dem Gewalthaber nicht die Möglichkeit geben, unabhängig von seinem gesetzlichen Vertreter den Anspruch geltend zu machen, so übertragen wir damit bis zu einem gewissen Grad einen wesentlichen Teil dieser Fürsorge auf einen andern und versagen dem Inhaber derselben ein Hauptmittel, das ihm zur Geltendmachung und Erfüllung seiner Rechte und Pflichten dient. Eine analoge Ausdehnung des § 612 CPO. liegt deshalb zweifellos im Sinne des Gesetzes. Dafür sprechen auch noch andere Erwägungen, die mehr allgemeiner Natur sind. Die Prozeßfähigkeit bedeutet die Selbständigkeit auf prozessualem, die volle Verpflichtungsfähigkeit die Selbständigkeit auf materiellrechtlichem Gebiet, weshalb sich die Prozeßfähigkeit nach der Verpflichtungsfähigkeit richtet. Nun besitzt aber der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Elternteil die gleiche Selbständigkeit und die gleichen Rechte bezügl. der Personenfürsorge, wie wenn er voll geschäftsfähig wäre; er kann die erforderlichen tatsächlichen Maßnahmen ergreifen, wie eine voll geschäftsfähige Person, und es ist deshalb auch aus diesem Grund eine analoge Ausdehnung des § 612 CPO. zu befürworten.

Aus dem Inhalt der Anordnungen der beiden Gerichte, des Vormundschaftsgerichts und des Prozeßgerichtes, ergibt sich das Verhältnis derselben zueinander. Die Maßregeln des Vormundschaftsgerichtes, gleichgültig, ob sie auf Grund des § 1635 oder § 1666 BGB. ergehen, sind konstitutiver, rechtsbegründender Natur und deshalb auch für den Prozeßrichter bindend.[6]) Eine Verfügung der freiw. Gerichtsbarkeit schafft neues Recht, ist deshalb den Gerichten gegenüber wirksam, bis sie wieder nach den Vorschriften dieses Gesetzes aufgehoben wird, wenn sie auch auf Grund unrichtiger rechtlicher oder tatsächlicher Voraussetzungen ergangen ist.[7]) Der Prozeßrichter ist deshalb, da er das bestehende Recht zu beachten hat, und seine Entscheidung nur deklaratorischer Natur

[6]) Dresden OLG. 17, 267.
[7]) Josef: ZZ. Bd. 30, 110 ff.

ist, an die Maßnahmen des Vormundschaftsgerichts auch dann gebunden, wenn er dieselben für unrichtig hält, vorausgesetzt, daß sie nicht nach den für staatliche Anordnungen überhaupt geltenden Bestimmungen nichtig sind.[8]) Dabei ist es gleichgültig, ob die Anordnung durch das Vormundschaftsgericht schon vor Klageerhebung getroffen wurde oder erst während des Prozesses.[9]) Der Prozeßrichter hat eben seiner Entscheidung die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zu Grunde zu legen, welche z. Z. der letzten mündlichen Verhandlung vorhanden sind. Und zwar hat er nicht nur endgültige, sondern auch einstweilige Anordnungen des Vormundschaftsgerichts zu beachten. Beide sind in dieser Beziehung einander gleich zu stellen. Sie sollen im Interesse des Kindes das Erziehungsrecht der Eltern regeln; die ersteren endgültig, die letzteren nur vorläufig, um das Kind vor einem zu häufigen Wechsel und vor Schaden zu bewahren. Wollte man den Prozeßrichter an diese einstweilige Anordnung des Vormundschaftsgerichts nicht binden, so würden dieselben vollständig ihren Wert verlieren; denn gerade für solch dringende Fälle, wie wenn z. B. ein Dritter um die Herausgabe des Kindes kämpft, ist die vorläufige Anordnung vorgesehen und praktisch von Bedeutung. Auch läßt sich eine verschiedene Behandlung der einstweiligen und endgültigen Verfügungen des Vormundschaftsgerichts durch das Prozeßgericht nicht rechtfertigen; sie wäre willkürlich, denn nicht in ihrer Wirkung, sondern in ihrer Dauer sind sie verschieden. Dabei dürfen wir nicht unbeachtet lassen, daß auch dieser Unterschied nicht allzu groß ist, denn auch die endgültigen Verfügungen sind nicht für ewige Zeiten, sondern auch sie sind zeitlich beschränkt.[10]) Wohl aber ist erforderlich, daß die Verfügung durch das Vormundschaftsgericht schon ergangen ist; der Antrag allein auf Erlassung einer solchen genügt nicht.[11])

Die Verfahren vor dem Vormundschaftsgericht und dem Prozeßgericht dienen, wie wir gesehen haben, zwei verschiedenen,

---

[8]) Vgl. Stein-Jonas, Anm. II 5 zu § 322; Dernburg § 74, IV; RGR. Komm., Anm. 1 zu § 1634 und Anm. 1 zu § 1666; Josef, Komm. f. freiw. Ger. Anm. X zu § 1; Josef, ZZ. Bd. 35, 530 ff.; 40, 285; KG OLG. 8, 350; Dresden OLG. 17, 267; Gruch. Beit. Bd. 50, 1002; RG. JW. 1910, 113.

[9]) Colmar OLG. 16, 225; RG. Recht 07, S. 1537 Nr. 3824; Warn E. 1916, Nr. 53; Stein JW. 1920, 898.

[10]) Staudinger, Anm. 1 b γ zu § 1635 und III A. 1 zu § 1666; RGR. Komm., Anm. 1 zu § 1666; Warn E. 1920 Nr. 47; JW. 1910, 113; KG OLG. 24, 40f; Friedemann-Braun, DJZ. 1911, Sp. 1126; Gruch. Beit. Bd. 50, 1002; Wicht S. 106.

[11]) Enneccerus-Kipp-Wolff § 79 Anm. 8.

Zwecken. Das eine hat die Interessen des Kindes zu wahren, das andere über das Recht der Eltern zu entscheiden. Aus dieser Verschiedenheit ihrer Betätigungsgebiete folgt, wovon wir oben ausgegangen sind, daß beide Verfahren gleichzeitig nebeneinander einhergehen können.[12]) Wenn daher zwischen den Ehegatten ein Prozeß über die Herausgabe des Kindes schwebt, so wird dadurch das Vormundschaftsgericht nicht gehindert, zu gleicher Zeit im Interesse des Kindes einzugreifen und das Fürsorgerecht dem andern Ehegatten zu übertragen. Umgekehrt macht aber auch ein Verfahren vor dem Vormundschaftsgericht ein Eingreifen des Prozeßgerichts und eine Entscheidung über das Personenrecht nicht unmöglich. Geht dann das vormundschaftsgerichtliche Verfahren nach dem prozeßgerichtlichen zu Ende, so bleibt das Kind, wenn es das Vormundschaftsgericht bei der bisherigen Regelung beläßt, bei der siegreichen Partei; trifft es aber eine abweichende Regelung, so kann nunmehr der unterlegene Ehegatte das Kind von dem Sieger im prozeßgerichtlichen Verfahren herausverlangen. Den Fall, daß die Anordnung des Vormundschaftsgerichts während des Schwebens des prozeßgerichtlichen Verfahrens ergeht, haben wir bereits schon oben erwähnt. Im Gegensatz zu der hier vertretenen und in Rechtsprechung und Literatur herrschenden Ansicht sagt zwar das Oberlandesgericht Stuttgart,[13]) daß, wenn der Beklagte das Recht des Klägers bestreite, zunächst das Prozeßgericht über seine Frage zu entscheiden habe. Denn wenn zugunsten des Beklagten entschieden werde, so sei für eine von der gesetzlichen Regelung abweichende Anordnung des Vormundschaftsgerichts kein Raum mehr. Ein Antrag beim Vormundschaftsgericht auf abweichende Regelung sei deshalb unzulässig. Eine solche Anordnung könnte nur für den Fall, daß der Kläger siegen würde, vorsorglich getroffen werden. Derartige Beschlüsse vorsorglich zu fassen sei aber nicht Sache des Vormundschaftsgerichts. Dem kann jedoch nicht beigestimmt werden. Das Vormundschaftsgericht darf eingreifen, wenn nach seiner Ansicht die Voraussetzungen dafür gegeben sind. Auch das Reichsgericht hat den vom Oberlandesgericht Stuttgart vertretenen Standpunkt nicht gebilligt, indem es, als ihm vom bay. Obersten Landesgericht gerade mit Rücksicht auf diese Entscheidung des Oberlandesgerichts Stuttgart diese Frage

[12]) Staudinger, Anm. IV zu § 1666; Josef, ZZ. Bd. 40, 292; Bd. 35, 530 ff; Wicht S. 104 f; RG Recht 1906 Nr. 1945 und Nr. 2249; JW. 1910, 113; DJZ. 1907 S. 245.

[13]) OLG. 3, 426.

zur Entscheidung vorgelegt wurde, ausführte:[14]) „Der § 1635 Abs. 1 S. 2 BGB. verleiht dem Vormundschaftsgericht die Befugnis, hinsichtlich der Sorge für die Person der Kinder aus geschiedenen Ehen eine von der gesetzlichen Regel abweichende Anordnung zu treffen, ohne jede weitere Voraussetzung als die, daß eine solche Anordnung aus besonderen Gründen im Interesse der Kinder geboten ist. Auch aus andern positiven Gesetzesvorschriften ist nichts dafür zu entnehmen, daß die Anordnung unzulässig sei, solange zwischen den geschiedenen Eheleuten über das Recht der persönlichen Fürsorge für die Kinder ein Prozeß schwebt. Solches ist auch nicht aus inneren Gründen zu folgern. Vielmehr ist davon auszugehen, daß Prozeßgericht und Vormundschaftsgericht selbständig nebeneinander zur Entscheidung berufen sind. Der rechtliche Standpunkt, von dem aus die Beurteilung zu geschehen hat, ist für beide Gerichte ein grundsätzlich verschiedener. Das Prozeßgericht entscheidet deklarativ nach Maßgabe der ein für allemal feststehenden Norm des Satz 1 Abs. 1 § 1635 BGB.; das Vormundschaftsgericht bestimmt konstitutiv, wenn, abweichend vom Gesetz, aus besonderen Gründen das Fürsorgerecht dem andern Elternteil zu übertragen ist. Die bloße Tatsache, daß vor dem Prozeßgericht ein bezügliches Verfahren schwebt, schließt bei der Verschiedenheit der unterliegenden Fragen den Beginn oder die Fortsetzung eines solchen Verfahrens vor dem Vormundschaftsgericht daher ebensowenig aus, wie umgekehrt das bestehende Verfahren vor dem Vormundschaftsgericht einen gleichzeitigen Rechtsstreit vor dem Prozeßgericht ausschließt."

Zu diesen beiden eben genannten Verfahren kann sich noch ein drittes gesellen, nämlich der Ehescheidungsprozeß, in welchem nach § 627 CPO. der Ehescheidungsrichter die Befugnis hat, eine einstweilige Anordnung über den Aufenthalt und die Sorge für das gemeinschaftliche Kind zu treffen. Die Erwägungen, von denen er sich dabei leiten lassen soll, sind bestritten. Es wird sich zwar kaum leugnen lassen, daß er in erster Linie und nahezu ausschließlich die gem. § 1635 BGB. beim Ehescheidungsprozeß voraussichtlich sich ergebende Verteilung der Kinder zu berücksichtigen hat.[14a]) Der Ehescheidungsprozeß und so auch diese einstweilige Verfügung soll eine Regelung der Verhältnisse unter den Prozeßparteien, nicht aber eine Fürsorgemaßregel für die Kinder darstellen. Nicht Sache

[14]) RGE. Bd. 63, 275 ff.
[14a]) A. A. Lange S. 35.

des Prozeßgerichts, sondern des Vormundschaftsgerichts ist es, für das Kind zu sorgen. Trotzdem darf es aber dem Ehescheidungsrichter nicht verwehrt sein, nebenbei auch noch das Wohl des Kindes zu berücksichtigen.[15]) Denn wir dürfen nicht außer Acht lassen, daß diese Verfügung, nur für kurze Dauer bestimmt, eben die augenblicklich zweckdienlichste Entscheidung sein soll. Es wäre aber höchst unzweckmäßig, wenn das Prozeßgericht sich einseitig nur auf den Interessenstandpunkt der Eltern stellen würde; denn die Gefahr, daß dadurch für das Kind ein nachteiliges Ergebnis herauskommt, ist gegeben. Das Vormundschaftsgericht könnte sich dann durch die Entscheidung des Prozeßgerichts zum Einschreiten veranlaßt sehen, was für das Kind äußerst schädlich und deshalb nach Möglichkeit zu vermeiden ist. Außerdem ist es aber auch deshalb unangebracht, das Interesse der Kinder vollständig außer Acht zu lassen, da durch diese einstweilige Verfügung, wie überhaupt bei jedem „Provisorium" der Richter sowieso den Rechten der beiden Eltern nur schwer gerecht werden kann, da die tatsächlichen Verhältnisse noch nicht geklärt sind. Aus diesen Gründen ist es zweckmäßig, daß der Ehescheidungsrichter bei einer Anordnung gem. § 627 CPO. auch das Wohl des Kindes mitberücksichtigt. Weil er aber nur nebenbei aus Zweckmäßigkeitsgründen dies tun soll, so geht daraus andererseits auch wieder deutlich hervor, daß neben dem Interimistikum des Prozeßgerichts aus § 627 CPO. auch das Vormundschaftsgericht gem. § 1666 BGB. einschreiten kann. Die beiden Verfahrensarten bewegen sich prinzipiell eben doch auf verschiedener Basis. Die Anordnungen des Eherichters, die nur nebenbei das Wohl des Kindes mitberücksichtigen sollen und nur für die Dauer des Prozesses maßgebend sind, schließen deshalb Maßnahmen des Vormundschaftsgerichts nicht aus, da dessen Tätigkeit ausschließlich das Interesse und das Wohl des Kindes, und zwar auch über die Zeit des Ehescheidungsprozesses hinaus, verfolgt.[16]) Umgekehrt kann aber das Ehe-Gericht, wenn das Vormundschaftsgericht eine Anordnung schon getroffen hat, nicht eingreifen und eine abweichende Regelung treffen; denn die Anordnungen des Vormundschaftsgerichts und seine ganze Tätig-

[15]) KG OLG. Bd. 7, 75 ff; Bd. 21, 257 ff; Braunschweig OLG. Bd. 16, 9; Seuff. Arch. Bd. 62, 411; Josef, ZZ Bd. 35, 533; A. A. Gimmerthal a a O. S. 406; Wicht S. 90; RG. DJZ. 1902 Sp. 118.

[16]) RGE. 63, 279; Dresden OLG. 4, 103; KG OLG. 21, 257 f; KG RIA. 3, 223; Recht 1907 Nr. 3670; Josef ZZ. 40, 292; Staudinger, Anm. 7 zu § 1635; Opet-v. Blume, Anm. 8 zu § 1635; Planck., Anm. 14 zu § 1635.

keit zum Wohle des Kindes würden damit illusorisch durch eine Handlung des Ehescheidungsrichters, deren es jetzt gar nicht mehr bedarf. Auch der Umstand, daß das Ehescheidungsgericht in gleicher Weise bei einer einstweiligen Verfügung, wie bei der Rechtskraft des Ehescheidungsurteils dem Vormundschaftsgericht Mitteilung zu machen und damit gleichsam für den Fall, daß es notwendig sein sollte, zum Eingreifen und zum Abändern seiner eigenen Anordnungen aufzufordern hat, läßt nicht auf eine Gleichberechtigung der beiden Anordnungen, sondern auf eine Bevorrechtigung der vormundschaftsgerichtlichen vor der prozeßgerichtlichen schließen.[17]) In der Praxis werden jedoch selten Abänderungen der prozeßgerichtlichen Anordnungen durch das Vormundschaftsgericht vorkommen, sondern die beiden Gerichte werden meist gleicher Ansicht sein.

In Anbetracht der Tatsache, daß vormundschaftsgerichtliches und prozeßgerichtliches Verfahren nebeneinander herlaufen können und eine Anordnung des Vormundschaftsgerichts vom Prozeßgericht zu berücksichtigen ist, erhebt sich die Frage: Kann das Prozeßgericht bis zur Erledigung des vormundschaftsgerichtlichen Verfahrens den Prozeß um Herausgabe des Kindes nicht aussetzen oder hat es seinen Prozeß weiterzuführen, um nach Erledigung jenes Verfahrens gleich wieder eine andere Entscheidung zu treffen? Ein Bedürfnis zur Bejahung dieser Frage besteht zweifellos. Meist wird nämlich der Streit um Herausgabe des Kindes vor dem vormundschaftsgerichtlichen Verfahren zu Ende sein und wenn dieses nun eine abweichende Anordnung trifft, ist die Entscheidung des Prozeßgerichts hinfällig. Es ist dann nicht nur viel Arbeit umsonst gewesen, sondern es wird außerdem, was noch schwerwiegender ist, durch den Wechsel des Erziehungsberichtigten die Sorge für das Kind und dessen ungestörte Weiterentwicklung beeinträchtigt, wodurch dann auch das Vertrauen zur Justiz nicht gefördert wird.

Die Möglichkeit einer Aussetzung des prozeßgerichtlichen Verfahrens bis zur Erledigung des vormundschaftsgerichtlichen Einschreitens bietet § 148 CPO. Es ist zwar zuzugeben, daß es sich hier weder um einen Rechtsstreit über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses, noch um die Entscheidung einer Verwaltungsbehörde handelt — es kann sich deshalb auch nicht um eine direkte Anwendung des § 148 CPO. handeln — aber die

---

[17]) Hamburg OLG. 1, 327; KG OLG. 7, 75; Josef ZZ. 35, 533 f; A. A. Staudinger, Anm. 7 zu § 1635; KG OLG. 21, 258.

Voraussetzungen für eine analoge Anwendung sind gegeben. Auch hier ist die Entscheidung des Prozeßgerichts von den Maßnahmen des anderen Gerichts abhängig, wie wenn es sich dort um einen Rechtsstreit handelte. Die Präjudicialität ist also gegeben. Die Gefahr widersprechender Urteile liegt gleich nahe oder sogar noch näher wie in den in § 148 CPO. angeführten Fällen. Die eine Entscheidung baut ja auf der Anordnung des andern Gerichtes auf. Daß es sich bei dem Verfahren vor dem Vormundschaftsgericht nicht um ein Streitverfahren handelt, schließt die Möglichkeit analoger Anwendung nicht aus. Es hat Stein—Jonas[18]) recht, wenn er sagt, daß wenn schon ein Verfahren vor der Verwaltungsbehörde die Möglichkeit der Aussetzung gebe, dies umso mehr bei einem gerichtlichen Verfahren zutreffen müsse.[19]) Eine Pflicht zur Aussetzung begründet § 148 CPO. allerdings nicht; die Möglichkeit sofortiger Entscheidung hat das Prozeßgericht.[20]) Aber aus den oben angeführten Gründen wird eine Aussetzung stets ratsam sein.[21])

Der Anspruch auf Herausgabe des Kindes ist in Form einer Leistungsklage geltend zu machen. Außerdem ist aber auch Klage auf Feststellung des Gewaltverhältnisses, sowohl in negativer, als auch in positiver Richtung möglich,[22]) sofern die Voraussetzungen, insbesondere das Interesse an einer alsbaldigen Feststellung, gegeben sind. An dieser Voraussetzung wird es aber vielfach fehlen,[23]) da das Ziel der Klage durch das weit wirksamere Mittel der Leistungsklage zu erreichen sein wird. Diese muß nicht immer als Klagpetitum sofortige Leistung enthalten, sondern sie kann auch auf zukünftige Leistung gehen,[24]) jedoch wird auch sie in dieser Form

[18]) Anm. IV zu § 148.

[19]) Dresden OLG. 17, 267; Baumbach 6 B zu § 148; siehe auch RG. Gruch Beit. Bd. 50, 1002; Warn E. 1917 Nr. 271; Staudinger, Anm. 2 b ; zu § 1632; Soergel, Anm. zu § 1632; Goldmann-Lilienthal S. 262 Anm. 39; Ossent S. 40; KG OLG. 2, 298; 15, 102; Josef ZZ. 40, 286 f und Recht 10, Sp. 127; RG. DJZ. 1905 Sp. 313, Recht 1906, Nr. 1945; JW. 1907, 6; Lange S. 38 f.

[20]) RG. DJZ. 1902 Sp. 321; Josef ZZ. 35, 536.

[21]) Auf diese Weise würden die Mißstände, die aus der Zuständigkeit zweier Gerichte sich ergeben und die A. Friedemann-Braun in DJZ. 1911 S. 1126 so sehr geißelt, am besten beseitigt, ohne daß es einer Umgestaltung des Verfahrens, wie er es fordert, nämlich ausschließliche Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts — auch für die Entscheidung im Fall des § 1632 BGB. — bedürfte.

[22]) RG. DJZ. 1902, Sp. 321.

[23]) Vgl. RG. JW. 1916, 910; Warn E. 1917 Nr. 250.

[24]) Stein-Jonas, Anm. II zu § 940.

in der Praxis kaum in Frage kommen. Es wäre hier höchstens an den Fall zu denken, daß der Gewerbelehrherr sich voraussichtlich weigern wird, nach Beendigung des Lehrverhältnisses den Lehrling herauszugeben. Weiter wäre hier noch zu erwähnen die einstweilige Verfügung des Prozeßgerichtes nach § 940 CPO. Durch sie sollen nicht nur vermögensrechtliche, sondern auch andere Ansprüche gesichert werden; jedoch wird sich auch hier durch das Einschreiten des Vormundschaftsgerichts eine derartige Regelung erübrigen.

§ 12.

Die Zwangsvollstreckung.

Die Zivilprozeßordnung enthält keine ausdrückliche, direkte Bestimmung darüber, wie der Gewalthaber zu seinem, ihm im Urteil zuerkannten Recht auf Erziehung des Kindes kommt, welche Zwangsmaßregeln ihm zur Verwirklichung dieses Rechts zustehen. Es gehen deshalb sowohl in der Literatur, als auch in der Rechtsprechung die Ansichten darüber auseinander. Die herrschende Ansicht geht davon aus, daß § 883 CPO., der nur von der Herausgabe von Sachen spricht, auf die Herausgabe von Personen analoge Anwendung findet.[1]) Andere dagegen leugnen die Anwendbarkeit des § 883 CPO. und wenden deshalb § 887, bezw. § 888 CPO. an. Sie sagen, § 883 CPO. spreche nur von der Herausgabe von Sachen, nicht aber von Personen.[2]) Weiter wären auch noch §§ 890, 892 CPO. zu nennen, die vielfach angewendet werden, wenn das Urteil den Schuldner zur Duldung der Abholung des Kindes durch den Gläubiger verpflichtet.[3])

Für die Lösung dieser Streitfrage gibt uns zunächst die Kommissionsberatung einen Fingerzeig. Als der Abgeordnete Thilo vorliegende Frage aufwarf, erhielt er vom Regierungsvertreter zur Antwort: „Die Vorschriften des § 769 finden auf den vom Fragesteller konstruierten Fall analoge Anwendung.“[4]) Dies ist zwar

---

[1]) Stein-Jonas, Anm. III zu § 883; Baumbach, Anm. 1 zu § 883; RGR. Komm, Anm. 1 zu § 1632; Soergel, Anm. zu § 1632; Staudinger, Anm. 3 zu § 1632; Opet-v. Blume, Anm. 3 zu § 1632; Goldmann-Lilienthal S. 263, insbes. Anm. 46; Schmidt S. 20, 31; RG. JW. 1904, 557 Nr. 19; 1924 S. 539; Hamburg OLG. 7, 326; Darmstadt OLG. 23, 221.

[2]) Kohler S. 420 f.; OLG. Stuttgart, Seuff. Arch. Bd. 38, 371; Lehmann S. 205; vgl. auch Endemann S. 304 f.

[3]) Enneccerus-Kipp-Wolff § 79 Anm. 14; Hengsberger S. 46 f; Stein-Jonas, Anm. III zu § 883; Baumbach, Anm. 1 zu § 883.

[4]) Protokolle S. 414.

nur eine gelegentliche Bemerkung eines einzelnen Teilnehmers; sie blieb aber unbestritten und die ganze Kommissionsberatung war mit ihr einverstanden. Sie hat auch ihre innere Berechtigung. Wie wir gesehen haben, hat der Prozeß um Herausgabe eines Kindes große Aehnlichkeit mit der Klage um Herausgabe einer Sache. Es wird hier von den Prozeßparteien um das Kind wie um eine bewegliche Sache gestritten; es hat im Prozeß die gleiche Stellung und so ist es auch bei der Zwansvollstreckung. Auch hier werden die Bestimmungen, die nur auf Sachen direkt anwendbar sind, auf die Herausgabe von Personen analog anzuwenden sein. Es handelt sich eben in beiden Fällen um die Herausgabe des Streitgegenstandes, die § 883 CPO. als einen Sonderfall regelt. § 883 CPO. ist lex specialis gegenüber § 887 und § 888 CPO., die Verpflichtungen des Schuldners jeglicher Art im Auge haben und deshalb im vorliegenden Fall durch die Sonderbestimmung ausgeschlossen sind. Diese Ansicht wird unterstützt durch die Dienstanweisungen für Gerichtsvollzieher, in denen einzelne Staaten bestimmen, daß die Herausgabe eines Kindes in gleicher Weise zu vollstrecken ist wie die einer beweglichen Sache.[4a]) Die württembergische Dienstanweisung vom 22. Juli 1911 bestimmt in § 86: „Handelt es sich um die Herausgabe eines Kindes oder einer andern unselbständigen Person, so hat der Gerichtsvollzieher die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe beweglicher Sachen (§ 84) entsprechend anzuwenden." Dies zeigt, daß auch die Justizverwaltungen der betreffenden Staaten § 883 CPO. für anwendbar halten. Auf diese Weise kommt auch der Gewalthaber am schnellsten und sichersten zu seinem Recht, sowohl wenn das Urteil auf Herausgabe, als auch auf Zuführung des Kindes lautet. Wirklich ernste Gründe, die gegen die Anwendbarkeit des § 883 CPO. sprechen würden, können nicht ins Feld geführt werden. Die Tatsache, daß § 883 CPO. nur von Sachen spricht, läßt nur keine direkte, wohl aber eine analoge Anwendung zu.

Mit der Anwendbarkeit des § 883 CPO. entfällt die Anwendbarkeit des § 887 CPO. gem. Abs. III dieses Paragraphen ganz von selbst. Ebenso ist auch § 888 CPO. normalerweise unanwendbar. Sowohl die Zuführung, als auch die Uebergabe des Kindes ist nach § 883 CPO. zu vollstrecken[5]): sie sind keine Handlungen,

[4a]) Lange S. 55 verweist auf § 81 der preuß. Geschäftsanweisung und 8 und 9 der Geb.-O. für Gerichtsvollzieher.

[5]) Stein-Jonas, Anm. III zu § 883, NB. 17.

die von dem Willen des Schuldners abhängig wären.[6]) Dies trifft auch dann zu, wenn der Aufenthalt des Kindes unbekannt ist. In diesem Fall kann der Gewalthaber sich gem. § 883 Abs. 2 CPO. helfen. Auch bei der Herausgabe einer Sache, die der Schuldner versteckt hat, wendet man nicht § 888, sondern § 883 Abs. 2 CPO. an, obwohl eine Sache viel leichter verborgen zu halten ist als ein Kind, so daß man hier viel besser sagen konnte, die Handlung könne nur der Schuldner vornehmen. Das Mittel, das die CPO. dem Gläubiger in die Hand gibt, ist der Offenbarungseid, durch den er von dem Aufenthalt der herauszugebenden Sache, bezw. des herauszugebenden Kindes Kenntnis erlangen soll.[7]) Schwört nun der Schuldner, daß er über das Verbleiben des Kindes nichts wisse, so kann durch ihn die Uebegabe des Kindes auch nicht bewirkt werden, so daß die Voraussetzungen des § 888 CPO. nicht gegeben sind. Erfährt er aber nachträglich den Aufenthalt des Kindes oder nimmt er es bei sich auf, so kann der Gewalthaber, wenn er dies glaubhaft macht, nochmalige Leistung des Offenbarungseides verlangen.[8])

Außer § 883 CPO. kann bei der Vollstreckung des Anspruchs auch § 892 CPO. in Frage kommen. Lautet das Urteil auf Duldung der Abholung des Kindes durch den Gewalthaber, so kann dieser, falls er Widerstand findet, einen Gerichtsvollzieher beiziehen, so daß sich die Vollstreckung des Urteils ähnlich wie nach § 883 CPO. vollzieht. Die Leistung des Offenbarungseides kann aber nicht verlangt werden.[9]) Aus diesem Grunde wird es ratsam sein, nicht auf Duldung der Abholung des Kindes, sondern auf Herausgabe oder Zuführung desselben zu klagen.

Zum Schluß wären noch zwei Sonderfälle zu erwähnen, bei denen ausnahmsweise die Vollstreckung nach § 888 CPO. möglich ist, was wir oben für die gewöhnlichen Fälle verneint haben. Dies trifft zunächst dann zu, wenn die Vorenthaltung dadurch geschah, daß der Schuldner in dem Kinde durch Verächtlichmachung des Gewalthabers eine Abneigung gegen denselben hervorrief, so daß das Kind den Aufenthalt bei ihm dem bei dem Gewalthaber vorzieht und wenn es zu demselben verbracht wird, wieder zu ihm zurückkehrt. Die Beseitigung dieses Einflusses ist durch eine andere

---

[6]) Hamburg OLG. 20, 369; Lange S. 53 f.
[7]) A. A. Enneccerus-Kipp-Wolff § 79, Anm. 14.
[8]) Stein-Jonas, Anm. IV zu § 883.
[9]) Stein-Jonas, Anm. III zu § 883; siehe auch Schmidt S. 43 f.

Person als den Schuldner nicht leicht möglich, da ein Zureden durch einen Dritten ohne Erfolg sein wird. Die Vollstreckung nach § 883 CPO. führt auch nicht zum Ziel, so daß der Schuldner allein die erforderliche Handlung vornehmen kann, weshalb nach § 888 CPO. zu verfahren ist. Ebenso ist es auch, wenn das Kind ins Ausland verbracht wurde, der betreffende auswärtige Staat aber keine Rechtshilfe leistet. Auch in diesem Fall kann der Gewalthaber nur dadurch zu seinem Recht kommen, daß der Schuldner durch Anwendung des Beugezwanges zur Herausgabe des Kindes veranlaßt wird.[10])

[10]) Vgl. Stein-Jonas, Anm. III zu § 883, NB. 17; OLG. Darmstadt JW. 1923, 849.

Literatur-Verzeichnis.

André Friedrich: Verträge zwischen Eltern über die Erziehung ihrer Kinder. Rektoratsrede Marburg 1905.
Baumbach Adolf: Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den wichtigsten Nebengesetzen. 4. Auflage. Berlin 1928.
Brinz: Lehrbuch der Pandekten 2. Auflage, Bd. 3. Erlangen 1886.
Burchardi: Das gem.-rechtl. Erziehungsrecht, i. Arch. f. ziv. Prax. Bd. 8.
Corpus iuris civilis: Ausgabe von Krüger und Mommsen, Berlin 1920.
Crome Karl: System des deutschen bürgerl. Rechts. Bd. IV. Tübingen 1908.
Danziger: Verträge zwischen Eltern über die Sorge für die Person ihrer Kinder nach dem Recht des BGB. Diss. Leipzig 1908.
Dernburg Heinrich: Das bürgerl. Recht des deutschen Reiches. Bd. IV, 4. Auflage. Halle 1908.
Dormann: Die elterliche Gewalt der Mutter. Diss. Marburg 1914.
Dronke: Einstweilige Verfügung nach § 627 CPO. usw. in ZZ. Bd. 29, 510 ff.
Eck Clara: Die elterliche Gewalt im BGB, im Arch. f. bürg. Recht. Bd 41, 1.
Eckard Fritz: Das elterl. Recht auf Herausgabe der Kinder nach gemeinem Recht und BGB. Diss. Rostok 1900.
Endemann F.: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Familienrecht. 8./9. Aufl. Berlin 1908.
Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerl. Rechts, 2. Bd. 2. Abt. 18. Aufl. Marburg 1928.
Friedemann-Braun: Der Streit der Eltern um die Herausgabe des Kindes in DJZ. 1911 S. 1126.
Fuchs: Vormundschaftsrecht im Kommentar über Familienrecht von Schmidt, Hedemann und Fuchs. 1909.
Gehring Paul: Elterl. Personengewalt und Vertrag nach BGB. in rechtwissenschaftl. Studien. Heft 9, Berlin 1920.
Gerhardt Erwin: Die Klage auf Herausgabe eines Kindes. Diss. Würzburg 1921.
Gimmerthal Max: Zur väterl. Gewalt des bürgerl. Gesetzbuches, i. Arch. f. ziv. Praxis. Bd. 104, 388.
Glück Chr.: Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld. Bd. II. Erlangen 1800.
Goldmann-Lilienthal: Das bürgerl. Gesetzbuch, systematisch dargestellt. Bd. III, 3. Auflage. Berlin 1921.
Haidlen: Bürgerl. Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz mit den Motiven und sonstigen gesetzgeb. Vorarbeiten. III. Bd. Stuttgart 1897.
Hengsberger Hermann: Die Klage auf Herausgabe des Kindes. Diss. Marburg 1923.
Heusler: Institutionen des deutschen Privatrechts Bd. 1 und 2. Leipzig 1885.
Hilgers Antonius: Rechte des Gewalthabers bei Vorenthaltung oder Flucht eines Kindes. Diss. Erlangen 1924.
Hübner Rudolf: Grundzüge des deutschen Privatrechts. 4. Aufl. Leipzig 1922.
Jastrow: Das Recht der Frau nach dem bürgerl. Gesetzbuch. Berlin 1897.
Josef Eugen: Kommentar des Reichsgesetzes über die Angelegenh. der freiw. Grichtsbarkeit, Berlin 1906.
Josef Eugen: Beiträge in ZZ. Bd. 30, 98; 35, 530; 40, 283.
Knitschky: Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern nach dem bürgerl. Gesetzbuch. Berlin 1899.

Köhne: Elterl. Gewalt und Vormundschaft im Entwurf eines BGB. in Gruch. Beit. Bd. 40, 597.
Kohler Josef: Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Familienrecht. Berlin 1915.
Kraut: Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts. Bd. II. Göttingen 1847.
Lebrecht Walter: Die Einreden gegen den Anspruch des Vaters auf Herausgabe des Kindes. Diss. Marburg 1913.
Lehmann: Familienrecht des bürgerl. Gesetzbuches einschl. Jugendfürsorgerecht. 3. Auflage Berlin und Leipzig 1926.
Leonhard Franz: Zur Beweislast in ZZ. Bd. 35, 441.
Lindemann-Soergel: Kommentar zum bürgerl. Gesetzbuch. 3. Auflage. Berlin-Stuttgart-Leipzig 1926.
Matthias: Lehrbuch des bürgerl. Rechts. 5. Auflage. Berlin 1910.
Motive zu dem Entwurf eines bürgerl Gesetzes für das deutsche Reich. Bd. II und IV, Amtl. Ausgabe. Berlin 1896.
Opet Otto: Das Verwandtschaftsrecht des bürgerl. Gesetzbuches für das deutsche Reich. Berlin 1899.
Opet-v. Blume: Kommentar z. bürgerl. Gesetzbuch, Familienrecht. Berlin 1906.
Ossent: Der Anspruch auf Herausgabe des Kindes (nach dem Recht des BGB) Diss. Greifswald 1912.
Planck: Begründung des Entwurfs eines Familienrechts für das deutsch. Reich. Berlin 1880.
Planck: Kommentar zum BGB. 3. Aufl. Berlin 1906
Protokolle der Justiz-Kommission des deutschen Reichstages betr. die Beratung der Zivilprozessordnung und des Einführungsgesetzes. Berlin 1876.
Protokolle der Kommission für die 2 Lesung des Entwurfs eines bürgerl. Gesetzbuches für das deutsche Reich. 1895.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des bürgerl. Gesetzbuches von Dr. Achilles, Dr Gebhard, und Dr. Spahn. 1897 1899.
Reichel: Verzicht auf die elt. Gewalt Recht 1914, 355.
Reichsgerichtsrätekommentar zum BGB., herausgegeben von Reichsgerichtsräten. 6. Aufl. 1928. (zit. RGR Komm.)
Rothe Georg: Die elterl. Gewalt der Mutter nach dem bürgerl. Gesetzbuch. Diss Berlin 1905.
Sarwey: Ueber das Recht zur Erziehung der Kinder bei getrennter Ehe, i. Arch. f. ziv. Praxis. Bd. 32.
Schmidt: Die Erzwingung der Kinderherausgabe nach CPO. u. freiw. Gerichtsbarkeit. Diss Heidelberg 1912
Schirdewahn Günter: Geschichte u. rechtl. Natur des Herausgabeanspruches des § 1632 BGB mit bes. Berücksichtigung der Widerrechtlichkeit. Diss. Marburg 1921.
v. Schwerin Claudius: Grundzüge des deutschen Privatrechts. 2. Aufl. Berlin und Leipzig 1928.
Sohm-Mitteis-Wenger: Institutionen des römischen Rechtes. 17. Aufl. München und Leipzig 1923.
Spahn P.: Verwandtschaft und Vormundschaft nach dem bürgerl Gesetzbuch für das deutsche Reich. Berlin 1901.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch; 12 13. Aufl Berlin und Leipzig 1926 27.
Staudinger-Engelmann: Kommentar zum bürgerl. Gesetzbuch. 9. Aufl. München-Berlin 1926. (zit. Staudinger).

Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich. 13. Aufl. Tübingen 1925.
Stobbe-Lehmann: Handbuch des deutschen Privatrechts. Bd. IV, 3. Aufl. Berlin 1900.
v. Thur: Der allgemeine Teil des deutschen bürgerl. Rechts Leipzig 1910.
Wetzel: i. Archiv für bürgerl. Recht Bd. 26
Wicht Erich: Der Herausgabeanspruch des Vaters nach dem bürgerl. Gesetzbuch. Diss. Halle 1923.
Zitelmann Ernst: Ausschluß der Widerrechtlichkeit, i. Arch f. ziv. Praxis. Bd 99, 1.

Nach Abschluß der Arbeit erschien: Dr. Willy Lange: Das Recht des Vaters auf Herausgabe des Kindes (§ 1632 BGB.) und seine Durchführung. Berlin, Emil Eberinge 1928

Zeitschriften:

Archiv für bürgerl. Recht; herausgegeben von Kohler, Ring und Oertmann.
Archiv für zivil. Praxis; herausgegeben von v. Blume, v. Heck, v. Rümelin und Schmidt.
Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot = Gruch Beit.
Deutsche Juristenzeitung; herausgegeben v. Liebman. = DJZ.
Deutsche Richterzeitung; herausgegeben vom deutschen Richterbund.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen; herausgegeben von den Mitgliedern des Reichsgerichts = RGE.
Entscheidungen in Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts; zusammengestellt vom Reichsjustizamt = RJA
Juristische Wochenschift; herausgegeben vom deutschen Anwaltsverein = JW.
Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht = Leipz. Z.
Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand = Recht.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts = OLG.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten = Seuff. Arch.
Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen; Ergänzungsbände. Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiet des Zivilrechts; herausgegeben von Otto Warneyer = Warn E.
Zeitschrift für freiw. Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung in Württemberg = Württ. Z. f. freiw. Ger.
Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß und das Verfahren in Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit; herausgegeben von Busch = ZZ.

Lebenslauf.

Am 14. April 1904 wurde ich in Achstetten OA. Laupheim als der Sohn des Landwirts Johann Neidlinger und seiner Ehefrau Kreszentia geboren. Zunächst besuchte ich die dortige Volksschule und hernach die Lateinschule in Laupheim. Meine weitere Ausbildung genoß ich am Gymnasium zu Ehingen a. D., das ich im Frühjahr 1923 mit dem Zeugnis der Reife verließ, um mich an den Universitäten zu Tübingen, München und Berlin dem Studium der Rechtswissenschaft zu widmen. Im Frühjahr 1927 bestand ich in Tübingen die erste höhere Justizdienstprüfung; seither befinde ich mich im Vorbereitungsdienst.